

MER SAKKYNDIGHET I STRAFFESAKER?

Om bruk av "nye" typer sakkyndighet

Kandidatnummer: 342

Veileder: Stine Laier Nybø

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 17924 ord

25.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Begrepsavklaring	2
1.3	Avgrensning/presisering	4
1.4	Metode	5
1.5	Videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>VITNEPSYKOLOGIENS BETYDNING I DOMSTOLEN</u>	<u>6</u>
2.1	Historie	6
2.2	Troverdighet og pålitelighet i domstolen i dag	7
2.3	Allmenne kriterier for troverdighet?	8
2.3.1	Innledning	8
2.3.2	Hukommelse	9
2.3.3	Falske minner – falsk tilståelse	11
2.3.4	Løgn	12
2.3.5	Barn som vitner	16
2.3.6	Sammenfatning	17
<u>3</u>	<u>UTGANGSPUNKT: FRI BEVISFØRING</u>	<u>18</u>
3.1	Grunnprinsippet i norsk rett	18
3.2	EMK art. 6	19
3.2.1	Likhetsprinsippet i EMK art. 6(1)	19
3.2.2	Rett til vitneførsel og krysseksaminasjon av vitner – art. 6(3)(d)	19

3.3	Hensyn bak prinsippet om fri bevisføring	21
3.4	Unntak	22
<u>4</u>	<u>BRUK AV SAKKYNDIGE I STRAFFESAKER</u>	<u>23</u>
4.1	Sakkyndighetsbeviset	23
4.1.1	Innledning	23
4.1.2	Generelt	23
4.1.3	Oppnevning av sakkyndige	24
4.1.4	Sakkyndige uten oppnevning	25
4.1.5	Spesielt om dommeravhør og observasjon	25
4.2	Behov for sakkyndige?	26
4.3	Betenkeligheter knyttet til bruk av sakkyndige	28
4.4	Ulikheter mellom gamle og nye typer sakkyndighet?	31
<u>5</u>	<u>GJELDENDE RETTSTILSTAND I NORGE</u>	<u>32</u>
5.1	Innledning	32
5.2	Bevis for troverdighet ”i sin alminnelighet”	33
5.3	Troverdighetsanalyser	34
5.3.1	Utgangspunkt: retten skal vurdere troverdighet	34
5.3.2	Straffeprosessloven § 294	35
5.3.3	Rettspraksis	35
5.4	Løgn-detektor	39
5.4.1	Straffeprosessloven § 92	39
5.4.2	Forarbeider til strpl. § 92	40
5.4.3	Forarbeid til ny tvistelov	41
5.4.4	Rettspraksis	42
5.5	Bevisavskjæring i forhold til EMK art. 6	44

<u>6</u>	<u>VURDERING AV GJELDENE RETT</u>	<u>46</u>
6.1	Innledning	46
6.2	Bevismiddelets pålitelighet	46
6.3	Personvern	48
6.4	Bevis for siktedes uskyld?	50
6.5	Samtykke	51
6.6	Bevisbedømmelsen – domstolens eller psykologens oppgave?	52
<u>7</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>55</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
8.1	Juridisk litteratur	57
8.2	Tidsskriftartikler	58
8.3	Lover	59
8.4	Forarbeid	59
8.5	Rettsavgjørelser	60
8.6	Annet	60

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Oppgaven omhandler bruk av ”nye” typer sakkyndighet i straffesaker. Dette sakkyndighetsbeviset innebærer en vurdering av troverdigheten av forklaringer i domstolen, og kan dermed være av vesentlig betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet. Problemstillingen er hvorvidt denne utradisjonelle formen for sakkyndighet kan benyttes som bevis i straffesaker i Norge. Domstolene har hittil vært skeptiske til å la slike bevis fremmes. Utgangspunktet i norsk rett er prinsippet om fri bevisføring, og et sentralt spørsmål er derfor om det kan oppstilles unntak for den utradisjonelle sakkyndigheten. Spørsmålet kommer på spissen der tiltalte hevder sin uskyld, og hvor det objektivt sett er svake tekniske bevis eller motstridende vitneutsagn. Det overordnede mål i straffeprosessen er å verne mot at uskyldige dømmes og å sikre at skyldige blir domfelt. Etter in dubio pro reo-regelen kreves det en meget høy grad av sannsynlighet for at tiltalte skal bli kjent skyldig og idømt straffansvar: enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Rettspolitisk blir regelen begrunnet med at ”[d]et er bedre at ti skyldige går fri, enn at én uskyldig dømmes.”¹ Det kan da spørres om bevis for troverdighet bør benyttes i større utstrekning i straffesaker, fordi det kan bidra til en bedre opplysning av saken og dermed hindre at uskyldige blir dømt.

Vurdering av troverdigheten foretas i dag hovedsaklig av domstolen. Hvorvidt et vitne snakker sant eller ikke er imidlertid vanskelig å bedømme. Den juridiske utdannelsen har sitt tyngdepunkt i tolkningen og anvendelsen av rettsreglene. Ved vurdering av troverdigheten er det derimot faktum som er problematisk. Oppgaven tar sikte på å vurdere om det er en hensiktsmessig løsning å overlate troverdighetsvurderinger til domstolen, eller om sakkyndige kan bidra til å opplyse saken slik at dommeren får et bedre grunnlag for sin

¹ Hov (1999) s. 262 flg.

avgjørelse. Prinsippet om fri bevisbedømmelse innebærer at domstolen skal bedømme bevisene etter et skjønn. Det sakkyndige bevis vil uansett være bare ett av flere bevis i saken som dommeren vurderer. Problemet med ”nye” typer sakkyndighet er at denne vurderingen kan gå vesentlig inn på området for domstolens bevisbedømmelse, noe som anses uheldig ut fra oppgavefordelingen i domstolen.

En undersøkelse fra 2004 avdekker mangler ved dommeres kunnskap om vitnepsykologi.² På bakgrunn av ønsket om at ingen uskyldige skal dømmes, er spørsmålet om bruk av troverdighetssakkyndige i domstolen blitt mer aktuelt de senere årene. Verken påtalemyndigheten eller domstolen har sett et behov for slik sakkyndighet, og dermed ikke benyttet seg av denne vitenskapen i utbredt grad. Det har imidlertid foregått en utvikling hvor forsvaret har blitt mer aktiv i etterforskningen ved å fremskaffe bevis til siktedes fordel. Dette gjelder særlig bruk av rettsmedisinsk sakkyndighet, og utredningen forklarer denne utviklingen i flere forhold.³ For det første har en del saker reist nye og kompliserte spørsmål. Domstolen tar standpunkt til en del forhold som ikke nødvendigvis er jus, og de kan da ha behov for sakkyndig bistand. For det andre har man blitt oppmerksom på ny og utradisjonell ekspertise, eksempelvis vitnepsykologi og evnetesting. Den juridiske utdannelsen gir lite innblikk i denne kompetansen. For det tredje har man blitt oppmerksom på at det ofte foreligger ulike oppfatninger av det sakkyndige skjønn. Dersom den sakkyndige for retten uttaler seg i siktedes disfavør kan det være nyttig å bringe inn et nytt sakkyndig skjønn som vinkler problemet på en annen måte. Til slutt er man blitt oppmerksom på farene for mangler både ved den faglige kompetansen og den faglige integriteten til de sakkyndige. Bakgrunnen for denne utviklingen ligger i et ønske om et best mulig avgjørelsesgrunnlag i domstolen.

1.2 Begrepsavklaring

Med *sakkyndig* menes en person som oppnevnes for å avgi ekspertuttalelser i forbindelse med bevisføringen i en rettssak.⁴ ”Nye” typer *sakkyndighet* benyttes i oppgaven om

² Jus.no.

³ NOU 2001:12 Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker s. 54-55.

⁴ Gisle (1999).

sakkyndige som foretar troverdighetsanalyser, analyser av tilståelser, analyser av forklaringer fra barn og løgndetektor. Bevismiddelet er forholdsvis nylig introdusert i domstolen, derav betegnelsen. "*Gamle*" typer sakkyndighet brukes i oppgaven om sakkyndige som uttaler seg om forhold som ikke omfatter troverdigheten. Som eksempel kan nevnes sakkyndige som vurderer bremsespor, fingeravtrykk eller DNA. *Tradisjonell sakkyndighet* benyttes i samme betydning som "gamle" typer sakkyndighet i oppgaven, og av den grunn benyttes *utradisjonell sakkyndighet* om "nye" typer sakkyndighet.

Begrepet *troverdighetsvurderinger* omfatter løgndetektor/polygraf og troverdighetsanalyser, herunder analyse av tilståelser og analyse av forklaringer fra barn. *Troverdighetsanalyser* og *troverdighetsvurderinger* kan benyttes i samme betydning. Det skilles imidlertid mellom disse begrepene i oppgaven, slik at troverdighetsvurdering er en fellesbetegnelse for alle mulige måter å vurdere troverdigheten på, mens troverdighetsanalyse benyttes snevert. Troverdighetsvurdering benyttes også i sammenheng med domstolens vurdering av troverdighet. Dette vil i tilfelle fremgå av sammenhengen.

Bevis er et middel som partene anvender i rettssaker for å få retten til å legge et bestemt faktum til grunn.⁵ Dette kan eksempelvis være forklaring fra siktede, sakkyndige og vitner, gjenstander eller dokumentbevis. I oppgaven vil *bevis* og *bevismiddel* bli brukt om hverandre, men i samme betydning.

Beviskrav eller *bevisbyrde* forstås som den *bevisstyrke* som må foreligge for å legge et faktum til grunn, med andre ord hvor høy grad av sannsynlighet som må foreligge, for at de kjensgjerninger som er *bevistema* – det som skal bevises – i saken kan legges til grunn for dommen.⁶ Med *bevisverdi* eller *beviskraft* menes den vekt en domstol vil tillegge beviset i sin vurdering.

⁵ Gisle (1999).

⁶ Hov (1999) s. 201.

Vitnepsykologi er et avgrenset område innenfor rettspsykologien.⁷ Det er en anvendt forskningsdisiplin med empirisk og teoretisk forankring i kognitiv psykologi, kognitiv utviklingspsykologi og sosialpsykologi. Forskningen har fokus på hendelser som man i prinsippet kan bli eksaminert om som vitne i en rettssak. Videre omfatter disiplinen vurdering av forklarings pålitelighet og troverdighet.

Rettspsykiatri benyttes som betegnelse om psykiateres og psykologers sakkyndigvirkksomhet for domstolene.⁸ Dette omfatter både foreløpige og fullstendige rettspsykiatriske undersøkelser og beslektede granskninger og vurderinger.

1.3 Avgrensning/presisering

Oppgaven drøfter anvendelse av sakkyndighet i straffesaker. Oppgaven har dermed et straffeprosessuelt fokus, som innebærer at det avgrenses mot bruk av sakkyndige i sivile saker. Det avgrenses også i en viss grad mot det vitnepsykologiske tema. Det vil med andre ord ikke bli redegjort for ulike vitnepsykologiske undersøkelser, men forskningen på området vil komme supplerende inn som kommentarer til lovreglene. Temaet vil også bli benyttet som bakgrunn for vurderingen av lovreglene.

Det avgrenses videre mot saksbehandlingsreglene ved spørsmål om bevisavskjæring. Oppgaven behandler de materielle reglene om bevismidler, og saksbehandlingsreglene faller dermed utenfor. Videre er det bruken av bevismiddelet som omtales, og ikke legaliteten ved innhenting av beviset. Legalitetsprinsippet faller derfor utenfor oppgaven. Ulike hensyn spiller inn i vurderingen ut fra om vedkommende underkaster seg undersøkelse av sakkyndig frivillig eller ikke. Begge situasjoner vil bli drøftet i oppgaven.

Det vil i oppgaven ikke bli redegjort for praksis fra andre land. Bruk av nye typer sakkyndighet er riktignok benyttet i større grad i andre land i Europa enn i Norge, eksempelvis er løgndetektor et godkjent bevismiddel i Sverige. Denne praksisen har relativt

⁷ Magnussen (2004) s. 22.

⁸ NOU 2001:12 s. 47.

liten vekt i forhold til norsk rett. Ønsket om rettslikhet i Norden er bakgrunnen for internasjonalt samarbeid for å oppnå uniform lovgivning. Dette har imidlertid ingen betydning dersom lovgiver eller domstolen eksplisitt har gitt uttrykk for at de ikke godkjenner bevismiddelet. Det henvises i denne sammenheng til NJA 1992 s. 446 for generelle uttalelser om bruk av troverdighetsanalyser og NJA 1996 I (C74) for løgndetektor.

EMK art. 6 vil bli behandlet i sammenheng med prinsippet om fri bevisføring.⁹ EMKs betydning i norsk rett og de nærmere vilkårene og prinsippene i art. 6 vil ikke bli behandlet. Dette er utførlig behandlet i juridisk litteratur.¹⁰

1.4 Metode

Oppgaven drøfter nye typer sakkyndighet ved bruk av den juridiske metode. Oppgaven reiser få spesielle metodespørsmål, men ett forhold kan allikevel nevnes innledningsvis. Forbudet mot løgndetektor bygger i hovedsak på rettspraksis, siden loven ikke inneholder noen bevisavskjæringsregel for dette bevismiddelet. Dette innebærer at rettspraksis får stor rettskildemessig vekt. At en domstolen kan ha en slik rettsskapende virksomhet er uomtvistet.¹¹

Avskjæring av troverdighetsanalyser er forankret i straffeprosessloven § 294 om sakens fullstendige opplysning.¹² Bestemmelsen gir imidlertid få holdepunkter for vurderingen, og i likhet med avskjæring av løgndetektor som bevis blir også rettspraksis her av stor betydning. Rettspraksis på området bygger videre på reelle hensyn, og en vurdering av disse er dermed fremtredende i oppgaven og får betydelig vekt.

1.5 Videre fremstilling

Vitnepsykologien er et hensiktsmessig og nødvendig bakgrunnstappe ved vurderingen av om domstolen er skikket til å foreta troverdighetsvurderinger. I tilfelle hvor domstolen ikke

⁹ Den europeiske menneskerettskonvensjonen, inkorporert i norsk rett ved lov av 21. mai. 1999 nr. 30.

¹⁰ Se blant annet Møse (2002) kap. 13 og s. 171-186.

¹¹ Eckhoff (2001) s. 192 flg.

¹² Lov av 22. mai. 1981 nr. 25.

har spesiell kompetanse, kan sakkyndige supplere dommernes egne vurderinger av troverdighet. For å kunne vurdere om sakkyndighetsbeviset bør brukes i domstolen i større utstrekning er det nødvendig å redegjøre for noen generelle linjer i vitnepsykologien, se kapittel 2.

Utgangspunktet i norsk rett er som nevnt fri bevisføring, og dette prinsippet blir det redegjort for i kapittel 3. Sakkyndighetsbeviset er et bevismiddel som i utgangspunktet er tillatt av domstolen. Det redegjøres derfor for bruk av sakkyndige generelt, men trekkes også opp noen linjer i forhold til det utradisjonelle sakkyndighetsbevis, se kapittel 4. En del generelle problemer ved bruk av sakkyndige trekkes også frem i dette kapittelet. Dersom utradisjonell sakkyndighet ikke kan benyttes som bevis må det oppstilles unntak, enten lovfestet eller ulovfestet, se kapittel 5. Drøftelsen om vitnepsykologiens betydning i domstolen har også relevans ved redegjørelsen om gjeldende rett og vurderingen av denne i kapittel 6. Vitnepsykologien ligger til grunn for om et slikt sakkyndighetsbevis kan eller eventuelt bør kunne brukes i domstolen, og om denne vitenskapen kan føre til en bedre opplysning av saken for å unngå at uskyldige dømmes.

2 Vitnepsykologiens betydning i domstolen

2.1 Historie

Tradisjonelt har vitnebeviset hatt stor betydning i europeisk rettshistorie, og det har til tider vært oppfattet som det viktigste beviset i en straffesak.¹³ Etter Gulatingsloven 4-3 var det tilstrekkelig at to vitner uavhengig av hverandre avga samstemmende forklaring, for at denne skulle legges til grunn som sannhet.¹⁴ Vurderingen av vitnets troverdighet var således ikke individuell, men styrt av lovfaste regler. Den alminnelige oppfatningen var at vitner var i stand til å oppfatte og gjengi virkeligheten presis slik den var.

¹³ Lie (2002) s 27-31.

¹⁴ Se også N.L. 1-13-1.

Noen jurister satte imidlertid spørsmålstegn ved vitneforklaringer på denne tiden.¹⁵

Oppmerksomheten ble særlig rettet mot det å skille mellom vitner som forteller sannheten, og de vitner som tror de forteller sannheten. I løpet av 1800-tallet ble det klart at vitnebeviset led av en rekke feilkilder, og de første vitnepsykologiske forsøk ble utført av Binet og Stern. På denne bakgrunn ble det rundt århundreskiftet innført muntlighet og fri bevisbedømmelse. Dette innebar at retten selv kunne bestemme hvilken vekt som skulle legges på vitneforklaringen i hver enkelt sak. Videre måtte retten foreta en konkret troverdighetsvurdering av vitneforklaringen. Retten var ikke lenger bundet av lovreglene om hvor mye vekt et vitnebevis skulle tillegges.

Vitnebeviset har imidlertid ikke mistet sin stilling i norske rettssaler. Etter over 100 år med bevisstgjøring og vitnepsykologisk forskning er det fremdeles et av de viktigste bevismidlene. Men holdningen til beviset er imidlertid noe endret, slik den danske professoren Eva Smith uttaler: ”Tilbage blev en almindelig opfattelse af, at vidneudsagnet er behæftet med en række alvorlige fejkilder, men da man ikke kan undvære det, måtte domstolen efter bedste evne søge at vurdere dets vægt i de konkrete sager.”¹⁶

2.2 Troverdighet og pålitelighet i domstolen i dag

Selv om vitnepsykologien har vært kritisk til forklaringer i retten, er de et nødvendig bevismiddel, og det stilles dermed krav til domstolens bevisbedømmelse. Domstolens oppgave er å treffe en avgjørelse etter en skjønnsom vurdering av bevisene som er fremlagt i retten. Dersom vitneforklaringer strider mot hverandre, trekkes det ofte den slutning at et av vitnene lyver. Vitnepsykologien inntar imidlertid et annet perspektiv, ved at det skilles mellom troverdighet og pålitelighet.¹⁷ Forskning viser at vitneforklaringer til absolutt ærlige og troverdige mennesker ikke nødvendigvis er korrekte, og dette forklares med at vitnebeviset lider av en rekke feilkilder som fører til at beviset er upålitelig.

¹⁵ Smith (1986) s. 36-43.

¹⁶ Smith (1986) s. 39-40.

¹⁷ Moss (2005).

Selve hukommelsesprosessen kan deles inn i tre faser; først selve iakttakelsen, så lagringen av minnet og til sist gjenfortellingen. Feil kan oppstå i alle fasene i prosessen, og dermed påvirke påliteligheten av vitneforklaringen. Eksempelvis kan lysforhold og avstand ha innvirkning ved iakttakelsen, og avhørsteknikker, mediepåvirkning og fordommer kan ha betydning ved lagringen av minnet. Videre kan gjenfortellingsprosessen lide av feilkilder, ved at spørreteknikk og ordforråd kan virke inn på hvordan vitneforklaringen forstås av andre.

Av og til handler det imidlertid ikke om vitneforklaringens pålitelighet, men om troverdigheten til den som forklarer seg.¹⁸ En vurdering av troverdigheten er viktig, for å hindre at uskyldige blir dømt, og det kan derfor spørres om det er mulig å oppstille allmenne kriterier for troverdighet.

2.3 Allmenne kriterier for troverdighet?¹⁹

2.3.1 Innledning

Spørsmålet om det er mulig å oppstille allmenne kriterier for troverdighet har betydning for om det er hensiktsmessig å tillegge troverdighetsvurderingen til domstolen alene eller om de sakkyndige kan veilede domstolen i denne bedømmelsen. Dersom dette ikke er mulig, kan det neppe sies at det foreligger et behov for slik sakkyndighet – en sakkyndig kan i tilfelle ikke tilføre saken ytterligere opplysninger. Hvis det foreligger allmenne kriterier for troverdighet, må det imidlertid vurderes om domstolen selv har kompetanse til å foreta troverdighetsvurderinger av forklaringer. Har domstolen kompetanse på dette området vil det ikke foreligge behov for sakkyndigbistand, og hensynet til sakens opplysning er i tilfelle ivaretatt. Vitnepsykologisk forskning ligger med andre ord til grunn for en drøftelse av nye typer sakkyndighet, og det vil derfor i det følgende redegjøres for en del vitnepsykologiske problemstillinger. Kan de sakkyndige bidra til en bedre opplysning av saken?

¹⁸ Magnussen (2001).

¹⁹ Dette kapitlet er basert på Magnussen (2004).

2.3.2 Hukommelse

En av hovedproblemstillingene i vitnepsykologien er å avgjøre hvor pålitelig hukommelsen er. Flere rettssaker opp igjennom historien viser at feilhukommelse kan være en av årsakene til justismord. Et eksempel som kan nevnes er den såkalte Beck-saken fra England, hvor tretten kvinner utpekte Adolf Beck med stor sikkerhet som en bedrager ved navn Wilhelm Meyer. Etterforskningen som fulgte ble preget av forutinntatthet om skyldspørsmålet, og en rekke bevis for hans uskyld ble nektet ført. I senere tid viste det seg at vitnene hadde husket feil og dermed forvekslet Wilhelm Meyer med Adolf Beck.

Daniel Schacter har kategorisert hukommelsens feilkilder i syv punkter.²⁰ Først og fremst er minner midlertidige ved at de svekkes med tiden. For det andre er mennesker tankespredt; hukommelsen er eksempelvis avhengig av at oppmerksomheten er rettet mot en hendelse for at det skal være mulig å huske den. For det tredje kan minner blokkeres. Dette innebærer at vi tror vi vet noe, men klarer ikke å huske det. Feilattribusjon har også betydning, ved at forestilte hendelser blandes med faktiske. Påvirkning eller suggesjon kan svekke påliteligheten av hukommelsen. Videre kan minner redigeres ut fra hva vi får opplysninger om, både fra massemedia, andre vitner etc. Til slutt kan hukommelsen være utholdende, slik at traumatiske hendelser ofte blir husket bedre enn rent trivielle hendelser.

Etter Schacters syn kan hukommelsen lide av mange feilkilder. Det er ikke dermed sagt at vitner og tiltalte ikke kan forklare seg i stor grad sannferdig i rettssalen. Men kravene til nøyaktighet og sikkerhet i rettssystemet kan i noen tilfeller bli for store i forhold til hva som er overkommelig for hukommelsen.

Når det antas at utsagn fra vitner, fornærmede og siktede er upålitelige, blir spørsmålet om det er visse faktorer som bestemmer dette. Er det mulig å vurdere påliteligheten av et utsagn ut fra allmenne kriterier? Og er det disse faktorene som legges til grunn i vurderingen av påliteligheten?

²⁰ Schacter (2001).

Observasjonsevne og hukommelse varierer på samme måte som andre egenskaper. Noen vitner er mer oppmerksomme, har stor lagringskapasitet i hukommelsen og har god hukommelse. Andre er mindre nøyaktige når de observerer, har mindre muligheter til innkoding og har dårligere hukommelse. Det kan med andre ord vanskelig oppstilles allmenne kriterier for et utsagns pålitelighet. Men på bakgrunn av disse forutsetningene, kan det spørres om det er mulig å si noe generelt om faktorer som påvirker hukommelsen.

Forskning har vist at faktorer ved situasjonen og observanten kan ha betydning. Om det i det hele tatt er mulig, ut fra evne og anledning til å observere, å se hva som skjer er av stor interesse. Lysnivå, tydelighet og avstand er faktorer som har relevans. Videre har tidsfaktoren betydning for hva som observeres. Observasjonsevnen, eksempelvis rus, redusert syn eller hørsel, vil påvirke vurderingen av påliteligheten. Når det gjelder faktorer ved observanten er alder en viktig faktor. Både barn og eldre er antatt å være dårligere vitner enn andre aldersgrupper. Dette er også faktorer som normalt antas å ha betydning for utsagnets pålitelighet.

Det finnes imidlertid faktorer som ofte legges til grunn som relevante faktorer, men som ut fra forskningen ikke har noen innflytelse. Observantens evnenivå, egen oppfattelse av hukommelse, trening i hukommelse, personlighet og subjektiv sikkerhet er slike faktorer som ikke har noen innflytelse. Det er verdt å merke seg at faktoren om subjektiv sikkerhet ikke har stor betydning for den objektive påliteligheten. Det er allikevel den klart sterkeste faktoren ved vurdering av pålitelighet i retten. Dommeren kan eksempelvis føle seg tryggere på at utsagnet er sant dersom vedkommende uttaler at den er meget sikker i sin sak.

Forskning viser at det er visse faktorer som styrer vår hukommelse, og det kan dermed sies noe generelt om et utsagns pålitelighet i retten. Dette er forhold som bør komme frem i retten, enten ved bruk av sakkyndige eller ved at dommeren er oppmerksom på forholdene. Det bør imidlertid ikke legges til grunn uten nærmere vurdering. Mennesker er forskjellige og hukommelsen er dermed også forskjellig fra person til person.

2.3.3 Falske minner – falsk tilståelse

En troverdighetsanalyse av en tilståelse vil ha vesentlig betydning i domstolen, fordi en tilståelse ofte har betydelig vekt i skyldspørsmålet. I en juridisk sammenheng er det derfor interessant å vurdere om falske tilståelser kan skyldes falsk hukommelse. Forskningen på dette området kan dermed ha stor betydning.

Falske minner er illusjoner om å huske ting man beviselig aldri har opplevd. Slike minner kan oppstå ved at informasjon fra andre kilder blir bearbeidet av fantasi og forestillinger til en historie. Etter en stund kan det være vanskelig å skille mellom hva som er fantasert og hva som er selvopplevd. De fleste undersøkelser som er gjort viser at minnene fremstår som ekte. Det er dermed vanskelig å skille falske minner fra ekte erfaringer i rettssalen, dersom det ikke foreligger andre opplysninger som taler for noe annet. Videre viser forskningen at sannsynligheten for falske minner øker ved bruk av enkelte psykologiske teknikker, eksempelvis hypnose, suggestive spørsmål eller visuelle forestillingsbilder.

I de fleste tilfeller av falske tilståelser er det benyttet langvarig press og overtalelser. I noen tilfeller blir vedkommende til slutt overbevist om at han har utført den straffbare handlingen. Det forekommer to muligheter ved falske tilståelser. Den første muligheten innebærer at den mistenkte tilstår fordi han ikke lenger stoler på sin egen hukommelse og etter langvarig press gir etter for det som etterforskeren påstår han har gjort. Den andre muligheten er at mistenkte utvikler et falskt minne om forbrytelsen som han, etter langvarig press, til slutt begynner å tro på.

Gisli H. Gudjonsson, professor i rettspsykologi, er internasjonal ekspert på falske tilståelser og var sakkyndig i Karmøy-saken.²¹ Han har utviklet en test som utreder føyelighet og suggestibilitet, og etter hans vurdering viser disse forholdene muligheten for å fremkalle en falsk tilståelse. Videre antar han at avhørsteknikker og avhørssituasjonen bør vurderes for å avgjøre om det foreligger en falsk tilståelse. I Karmøy-saken var sosial isolasjon, langvarige og pressende avhør, feilinformasjon om hvordan hukommelsen fungerer etc.

²¹ LG 1998 s. 260.

medvirkende til tiltaltes tilståelse.²² Tiltalte produserte etter hvert minner om drapet, men disse minnene ble sett i et perspektiv utenfra, ikke i et deltakerperspektiv. Gudjonsson konkluderte med at tiltalte aldri hadde noen egentlig hukommelse av drapet, men produserte minner for å forsøke å huske hva som hadde skjedd. Etter langvarige avhør hadde han mistet tiltroen til sin egen hukommelse. I denne saken er det mye som tyder på at den falske tilståelsen ikke hadde bakgrunn i en falsk hukommelse. Teorien om at falske tilståelser stammer fra falsk hukommelse er likevel ikke utelukket, fordi denne sammenhengen kan forekomme i andre saker. Uavhengig av om det foreligger en slik sammenheng kan det allikevel trekkes slutninger fra forskningen som kan få betydning ved en vurdering av en tilståelse.

2.3.4 Løgn

Psykologien skiller mellom mange typer løgner. Direkte løgn innebærer en klar forfalskning av fakta. Overdrivelser eller underdrivelser forsterker eller svekker historien på en måte som fordreier fakta. Subtile løgner er en måte å fortelle historien på som har til hensikt å bedra tilhøreren uten at løgnen kommer direkte til uttrykk. Løgn er et problem i rettssalen, særlig dersom man ikke har andre bevis i saken som kan føre til at løgn blir avslørt. Dersom det ikke foreligger tekniske bevis, blir spørsmålet om det er mulig å avsløre løgn. På bakgrunn av hensynet til at ingen uskyldige skal dømmes er det viktig å vurdere om det foreligger allmenne kriterier for troverdighet.

Den alminnelige oppfatningen er at løgn kommer til uttrykk i atferd, og at løgn dermed kan avsløres ved å observere kroppsspråket. Kroppslig uro, unnvikende blikk, pauser og feil under fremførelsen er de typiske atferdsendringene. Dette innebærer at det motsatte kroppsspråket, rolige bevegelser og fast blikk, antas å gi uttrykk for troverdighet. Forskning har imidlertid vist at det er liten eller ingen sammenheng mellom subjektive og objektive tegn på løgn. Hva vi tror om kroppsspråket har med andre ord ikke grunnlag i virkeligheten. Dersom det under normale omstendigheter kan finnes tegn på løgn, kan imidlertid ikke dette overføres direkte til rettssalen, spesielt ikke straffesaker. En slik

²² Gudjonsson (2004).

situasjon vil naturligvis kunne skape nervøsitet og urolig atferd. Den potensielle løgneren vil også kunne vite hva som antas å være tegn på løgn, og tilpasse sin atferd etter dette i rettssalen. Motsetningsvis kan det hevdes at det er vesentlige forskjeller mellom løgn i laboratoriet til løgn i rettssalen. Situasjonen kan være så spent at det dermed er vanskeligere å kontrollere sitt eget kroppsspråk. Det kan også antas at ulike personer reagerer ulikt i en slik situasjon. Mennesker er forskjellige både i måten de ordlegger seg på og i kroppsspråk, og det kan dermed neppe treffes slutninger fra generelle tegn til et individuelt nivå. Kroppsspråkets manglende sammenheng med løgn kan forklares med at dette er uttrykk man kan kontrollere med viljen. Finnes det da uttrykk som ikke kan kontrolleres med viljen, eller som i mindre grad er underlagt viljekontroll?

Det er antatt at løgn kan avsløres ved å vurdere såkalte mikroutrykk. Dette er små, raske muskelforandringer i ansiktet som gir uttrykk for emosjoner som ikke kan kontrolleres bevisst. Slike uttrykk er vanskelige å observere, og fremkommer ofte etter gjentatte analyser av videoopptak. Videre finnes det liten forskningsmessig sammenheng mellom løgn og mikroutrykk. Mikroutrykkene gir uttrykk for emosjoner og sier dermed ikke noe om forklaringens innhold. Forskning viser at man kan trene seg opp til å observere slike uttrykk, men selv eksperter på området skårer ikke mye over ren tilfeldighet i sin vurdering. Metoden er av disse grunner vanskelig overførbar på rettssaker.

En annen type troverdighetsanalyse er de såkalte innholdsanalyser av vitneforklaringer, hvor form og innhold er avgjørende for å vurdere troverdigheten. Teorien er at forklaringer basert på hukommelse fra virkelige hendelser er annerledes fra forklaringer som er konstruert. Ved en forklaring som baseres på hukommelsen vil det komme inn flere irrelevante forhold og detaljer som ikke nødvendigvis har noe med hovedhistorien å gjøre. En konstruert forklaring vil være mer ryddig og sammenhengende, og ofte vil ordlyden være nokså likelydende hvis den fortelles flere ganger. Videre vil en sannferdig forklaring inneholde flere selvreferanser og beskrivelse av mental tilstand. En av de mest kjente metodene er Trankell-analysen. Forskningen er imidlertid ikke entydig; noen studier bekrefter at det foreligger en forskjell, mens andre avviser teorien. Metoden bør derfor

benyttes med forsiktighet. Det er også her vanskelig å trekke slutninger fra et generelt nivå til et individuelt. Det er individuelle forskjeller mellom mennesker i hvor omfattende og detaljrik en sannferdig forklaring er. Det finnes heller ikke særlig forskningsgrunnlag for å vurdere påliteligheten av analysen. Metoden bør i tilfelle kun være et supplement til den totale vurderingen av troverdigheten.

Polygraftesten kan også benyttes for å vurdere troverdigheten. En polygraf registrerer automatiske, ikke-viljestyrte fysiologiske reaksjoner, som puls, blodtrykk og svettereaksjoner, og nedtegner registreringen fortløpende.²³ Testen avslører ikke løgn direkte, men registrerer forandringer i fysiologisk aktivering, som sammen med kritiske spørsmål og kontrollspørsmål kan gi en statistisk sannsynlighet for hvorvidt testpersonen lyver eller snakker sant. De fysiologiske forandringene som skjer er ikke spesielle for løgn. Vi svetter når vi blir forbauset, skremt og lignende. For å kunne avsløre løgn ved polygraftesting er det dermed nødvendig med en nøye planlagt psykologisk testprosedyre. Testpersonen bør ha fått spørsmålene på forhånd, og spørsmålene bør være både nøytrale og sensitive. Dette innebærer at man ikke har behov for å trekke slutninger fra et generelt nivå til et individuelt. Dette er en svakhet ved de andre metodene for å avsløre løgn som er skissert ovenfor. Ved polygraftesten sammenlignes reaksjonene på de mer nøytrale spørsmålene og kontrollspørsmålene med spørsmålene som gjelder den aktuelle saken.

Det foreligger to hovedprosedyrer. Den ene prosedyren, Control Question Test, er delt opp i tre faser. I den første fasen gjennomgås spørsmålene og prosedyren ved testingen. Denne delen sikrer at ikke spørsmålene i seg selv er en overraskelse som kan gi seg utslag i form av fysiologiske reaksjoner. I den andre fasen gjennomgås en simulert løgnavsløringstest. Hensikten er å overbevise testdeltakeren om at testen er ufeilbarlig. I den tredje fasen blir selve testen utført. Testen består av tre typer spørsmål. De nøytrale spørsmål antas ikke å være emosjonelt aktiverende. De relevante spørsmål handler direkte om forbrytelsen og antas dermed å gi utslag hvis testpersonen lyver. Kontrollspørsmålene er relatert til den aktuelle forbrytelsen, men er veldig generelle og vage. Disse spørsmålene er pinlige både

²³ Bratholm (1998).

for uskyldige og skyldige, slik at begge antas å ville lyve og dermed gi utslag på testen. Testen analyseres så med bakgrunn i at en uskyldig antas å ha større utslag på kontrollspørsmålene enn på de relevante spørsmålene. For den skyldige vil det motsatte være tilfellet.

Control Question Test kan kritiseres, særlig fordi den er avhengig av at forutsetningen om forskjellen i atferden til de uskyldige og skyldige slår til. Videre er det viktig at det er mange nok spørsmål i hver kategori slik at et tilfeldig utslag ikke vil få for stor betydning. Det er også antatt at uskyldige kan være så nervøse for testen at det gir utslag som om de var skyldige. Resultater av studier av påliteligheten av polygrafter viser at rundt 80 % av de skyldige og 70 % av de uskyldige blir identifisert, mens 10 % av de skyldige går fri og 20 % av de uskyldige blir antatt å være skyldige.

Den andre typen prosedyre, Guilty Knowledge Test, baseres på en blanding av kritiske spørsmål og kontrollspørsmål. De kritiske spørsmålene forutsetter kunnskap om den aktuelle forbrytelsen. Dette innebærer at en uskyldig ikke har mulighet til å lyve, siden han ikke har den aktuelle kunnskapen det spørres etter. Den skyldige derimot, har kunnskap om forbrytelsen, og har valget mellom å svare korrekt eller å lyve.

Guilty Knowledge Test har et annet logisk grunnlag enn Control Question Test. Det kan imidlertid være problematisk å finne frem til detaljer som ikke er fremkommet gjennom verken avhør eller massemediene. Videre kan det være detaljer som ikke mistenkte nødvendigvis har lagt merke til, eller eventuelt har glemt i ettertid. Studier viser at testen identifiserer 95 % av de uskyldige korrekt, mens 40 % av de skyldige også blir avdekket som uskyldige. Testen er dermed i større grad enn Control Question Test anvendelig i retten, fordi den i liten grad vil forårsake at uskyldige blir dømt. Det hører under domstolens bevisbedømmelse å vurdere vekten av en slik test på bakgrunn av den vitenskapelige forskningen.

Ovenfor er det vurdert ulike metoder for å skille løgn fra sannhet, men verken kroppsspråk eller analyse av mikrouttrykk er særlig egnede virkemidler i retten. Innholdsanalyser kan derimot være anvendelig i retten dersom den benyttes med forsiktighet og vurderes opp mot andre bevis i saken. Polygraf er ikke tillat som bevis, selv om den antakelig fremstår som den mest pålitelige metoden å vurdere troverdighet på.

2.3.5 Barn som vitner

En del av forskningen på barn som vitner har sin bakgrunn i utviklingspsykologien, som beskjeftiger seg med spørsmål om hva barnet har mulighet til å registrere, innkode og gjenfortelle. Den andre delen av forskningen tar for seg noen av hovedproblemstillingene i vitnepsykologien som falsk hukommelse, intervjuetnikker etc.

Undersøkelser viser at barns hukommelse er avhengig av barnets alder og tidsforløpet fra hendelsen til forklaringen. Sannsynligheten for at barnet skal gjengi en historie korrekt øker ved fri gjenfortelling. Barns historier er imidlertid ofte mangelfulle, ved at de mangler en del detaljer og kan være sporadisk gjenfortalt. Hukommelsen er avhengig av at barnet er kommet så langt i utviklingen at de blant annet har et språk å forholde seg til. Det er antatt at et barn i alderen fra seks til syv år, har utviklet en hukommelse som fungerer på lik linje med hukommelsen til en voksen.

Forskningen viser at barn i større grad enn voksne er påvirkelige vitner. Intervjuetnikk har dermed stor betydning for om forklaringen blir så sannferdig som mulig. For det første er det viktig at barnet har tillit til intervjueren, særlig ved gjenfortelling av traumatiske hendelser. Videre er det viktig at barnet ikke blir utsatt for ledende, gjentatte og suggestive spørsmål. Det er også hevdet at barn, som voksne, har et ønske om å samarbeide. Blir de spurt gjentatte ganger om en hendelse, kan de ledes til å tro at det de har svart tidligere er galt. De kan derfor forandre historien for at avhøreren skal bli fornøyd. Avhøreren forutinntatte holdning kan også i større grad enn hos voksne få innvirkning på forklaringen.

Vitnepsykologien har påvist at barn kan være pålitelige og troverdige vitner samtidig som de kan ledes til å fortelle de mest fantastiske historier. På bakgrunn av denne forskningen er

det mulig å oppstille kriterier for pålitelighet og troverdighet, og spesielt viktig er det at man har kunnskap om under hvilke betingelser et barn forklarer seg troverdig. Kunnskap om hvordan barn fungerer som vitner har ført til at det er innført regler om dommeravhør og observasjon av barn, se kapittel 4.1.5.

2.3.6 Sammenfatning

Forskningen har vist at det er mulig å oppstille allmenne kriterier for påliteligheten av et utsagn. Vurderingen av troverdigheten er imidlertid noe mer problematisk. Problemet som oppstår i de ulike metodene for å vurdere troverdighet er å trekke slutningen fra det generelle i forskningen til et individuelt nivå. Mennesker er som nevnt ulike, og uten spesiell kunnskap om vedkommende kan det være vanskelig å trekke denne slutningen. Dette er ikke problematisk i forhold til løgndetektormetoden, som sammenligner reaksjonene fra testpersonen på de ulike spørsmålene. Det finnes imidlertid ikke typisk løgnatferd, men det er påvist at visse typer atferd og fysiologiske reaksjoner forekommer oftere i tilknytning til løgn enn ellers. Dette er atferd og reaksjoner som ikke er typiske for løgn, men forekommer også ved sinne, oppstemthet, forbauselse etc.

I domstolen forekommer troverdighetsvurderingen basert på forklaringen i retten. Kroppsspråk, fremtreden og sjarm kan da være faktorer som påvirker bedømmelsen, selv om forskningen avviser en slik sammenheng. Vurdering av troverdigheten er en vanskelig faglig vurdering, men det kan imidlertid tenkes at en grundigere undersøkelse utført av en sakkyndig, enn den som forekommer i retten, kan tilføre saken et bredere bedømmelsesgrunnlag. Forskningen omkring barn som vitner og falsk hukommelse har forholdsvis klare kriterier for hvilke feilkilder som foreligger og det kan dermed oppstilles allmenne kriterier for troverdighet på disse områdene. Innholdsanalyser er basert på et noe mer kritisk grunnlag enn løgndetektormetoden, men er fullt anvendelig i retten dersom det ikke benyttes som det eneste beviset for forklaringens troverdighet. Vitnepsykologisk forskning kan også ha indirekte betydning i domstolen, ved at dommeren blir opplyst om prinsippene i forskningen. Dersom domstolen eksempelvis blir klar over at kroppsspråket ikke har betydning for løgn eller sannhet, er det lite trolig at den vil tillegge dette noen betydning i sin vurdering av troverdigheten. Vitnepsykologien kan på denne måten

benyttes til å vekte vitnebeviset på en måte som har grunnlag i forskningen. Det kan dermed antas at det er mest hensiktsmessig å tillegge troverdighetsvurderingen til den sakkyndige, slik at de kan veilede domstolen i sin bedømmelse av bevisene.

3 Utgangspunkt: fri bevisføring

3.1 Grunnprinsippet i norsk rett

Norsk rett bygger på de ulovfestede prinsippene om fri bevisføring og fri bevisbedømmelse.²⁴ Partene kan føre de bevis de ønsker som vedrører saken.²⁵ Det er rettens oppgave å vurdere hvilken vekt bevisene skal tillegges. Motsetningene til disse prinsippene er bundet/legal bevisføring og bevisbedømmelse. Dette innebærer at lovregler avgjør hva som kan benyttes som bevismiddel og dets beviskraft. Retten foretar altså ingen nærmere vurdering av bevisene.

Prinsippet om fri bevisføring legger til grunn den oppfatning at retten best kan komme frem til sannheten i saken dersom den kan bedømme bevisene uten å være bundet av lovregler. Dette ble uttrykt i straffeprosessloven av 1887 ved at avgjørelsen skulle treffes ”etter fri overbevisning på grunnlag av en samvittighetsfull prøvelse av de fremførte beviseligheter”, jf. § 349. Bestemmelsen omfatter bevisbedømmelsen direkte, men forutsetter det samme for bevisførselen. I den nye straffeprosessloven ble bestemmelsen ansett som overflødig og dermed sløyfet.²⁶

Prinsippet om fri bevisføring innebærer at hver av partene kan legge frem bevismidler som taler til deres fordel overfor retten, herunder fremleggelse av sakkyndigerklæringer og bruk av sakkyndige i retten. I straffesaker har påtalemyndigheten i tillegg en plikt til å legge frem bevis som taler til siktedes fordel, jf. strpl. § 226 3. ledd. Påtalemyndighetens oppgave

²⁴ Andenæs (2000) s. 1-8, 39, 177-187.

²⁵ Se også strpl. § 92.

²⁶ Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteén (1969) s. 309.

er å komme frem til en objektiv riktig avgjørelse. Domstolene har en tilsvarende plikt til å sørge for sakens opplysning, jf. strpl. § 294.

3.2 EMK art. 6²⁷

Prinsippet om fri bevisføring kommer også til uttrykk i EMK. Retten til en rettferdig rettergang for uavhengige domstoler er lovfestet i EMK art. 6, jf. ”right to a fair trial”. Etter art. 6(1) har enhver rett til en ”fair hearing” for å få avgjort en straffesiktelse mot seg. Det er ikke gitt noen nærmere definisjon av ”fair hearing” i konvensjonen, men art. 6(2) og 6(3) oppstiller enkelte prinsipper som gjelder for straffesaker. Disse anses kun som minimumsrettigheter, og det er antatt at bestemmelsene ikke gir en uttømmende oppregning av hva som faller inn under ”fair hearing”.²⁸ Ut over disse minimumsrettighetene er begrepet ”fair hearing” utformet i praksis fra Kommisjonen og EMD (Den europeiske menneskerettsdomstol).

3.2.1 Likhetsprinsippet i EMK art. 6(1)

Likhetsprinsippet, ”equality of arms”, fremgår ikke uttrykkelig av art. 6(1), men følger av praksis etter konvensjonen, jf. Neumeister-dommen.²⁹ Prinsippet forutsetter likestilling mellom partene og innebærer at hver part har en rimelig mulighet til å presentere sin sak, herunder muligheten til å føre bevis, under samme forhold som motparten, jf. Kommisjonens definisjon av ”fair hearing”.³⁰ Rimelighetsstandarden medfører altså at man har visse minimumsrettigheter ved bevisføringen. Spesialregelen i art. 6(3)(d) om vitneførsel og krysseksaminasjon er et utslag av likhetsprinsippet, og denne bestemmelsen har antageligvis øvet innflytelse på tolkningen av den generelle regelen i art. 6(1).

3.2.2 Rett til vitneførsel og krysseksaminasjon av vitner – art. 6(3)(d)

EMK art. 6(3)(d) omhandler retten til vitneførsel og krysseksaminasjon av vitner. Bestemmelsen består av to regler. Den første regelen gir siktede rett ”to examine or have examined witnesses against him”, med andre ord rett til å krysseksaminere. Den andre

²⁷ Se også SP art. 14 og 15.

²⁸ Møse (2002) s. 339-389.

²⁹ Series A No 8 1968 para. 22.

³⁰ Aall (1995) s. 388-393.

regelen er et utslag av prinsippet om fri bevisføring. Siktete har etter denne regelen rett ”to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him”. Regelen lovfester altså retten til egen vitneførsel.

Art. 6(3)(d) gjelder ovenfor ”witnesses”. Etter norsk terminologi er det naturlig å si at sakkyndige faller utenfor bestemmelsens rekkevidde. Bestemmelsen må imidlertid tolkes i lys av likhetsprinsippet, herunder rimelighetsstandarden i art. 6(1), jf. Bönisch-dommen.³¹ I den aktuelle saken ga Kommisjonen art. 6(3)(d) anvendelse på sakkyndige, mens EMD begrunnet resultatet i den generelle regelen i art. 6(1).

Rimelighetsstandarden innebærer at staten ikke kan unngå at siktede fører vitnebevis ved selv å ikke føre et slikt bevis.³² Regelen oppstiller imidlertid en grense; begrensninger i bevisførselen må gjelde for begge parter i prosessen. Dette innebærer ikke at avskjæring av vitnetilbud fra den ene part nødvendigvis er god nok grunn til å avskjære vitneførsel fra den annen part. Regelen må tolkes slik at man har krav på å føre tilstrekkelig mange bevis til en forsvarlig belysning av saken. Bestemmelsen må tolkes i lys av kravet til ”fair trial”, og dette må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Engel-dommen belyser denne regelen;

”this provision does not require the attendance and examination of every witness on the accused’s behalf. Its essential aim is indicated by the words ”under the same conditions”, is a full ”equality of arms” in the matter. With this provision it leaves it to the competent national authorities to decide upon the relevance of proposed evidence insofar as is compatible with the concept of fair trial which dominates the whole of Article 6”.³³

Videre ligger det en begrensning oppad dersom man ser regelen om vitneførsel i sammenheng med kravet om en rettferdig rettergang og rimelighetsstandarden. Partene har ikke etter bestemmelsen en rett til å føre så mange vitner de vil. De har rett til å føre det antall vitner som er tilstrekkelig for at saken blir forsvarlig belyst, men ut over dette har de

³¹ Series A No 92 1985.

³² Aall (1995) s. 388-393.

³³ Series A No 22 1977 para. 91.

ikke et krav om å føre flere vitner. Staten er altså gitt mulighet til å avskjære ytterligere bevisførsel. De nasjonale domstolene er blitt tildelt et romslig skjønn, men overprøvingsmulighetene er imidlertid reelle. De nasjonale domstolene må være tilbakeholdne med å avskjære bevistilbud med andre begrunnelser enn at saken er tilstrekkelig opplyst eller at forklaringen etter sitt innhold ikke antas å kunne opplyse saken. Et vitne som kan belyse saken på en ny måte, bør ikke avskjæres. Behovet for vitneførsel er med andre ord et vesentlig moment. Retten kan imidlertid avskjære vitner som loven ikke godkjenner.

3.3 Hensyn bak prinsippet om fri bevisføring

Hovedhensynet bak prinsippet er at domstolsbehandlingen skal føre til en best mulig opplysning av saken, herunder hensynet til at ingen uskyldige skal domfelles. Dette fører til at partene bør kunne føre de bevis de ønsker for å belyse saken. Det stilles videre et krav til domstolen om at saken skal være fullstendig opplyst, jf. strpl. § 294. Sakens betydning for siktede og bevismiddelets kraft kan tale for at beviset bør kunne føres. I tilfeller hvor det foreligger et bevismiddel som kan bekrefte siktedes uskyld, taler mye for at dette bør kunne føres i retten. Det er imidlertid et urealistisk krav at enhver sak for domstolen skal være fullstendig opplyst. Strpl. § 294 henviser derfor til en forholdsmessighetsvurdering hvor effektivitet, praktisk mulighet og økonomi kommer inn i vurderingen i tillegg til ønsket om fullstendig opplysning av saken.

Hensynet til effektivitet i domstolsbehandlingen tilsier at bevisføringen kan begrenses.³⁴ Det bør ikke bli uforholdsmessig tungvint å få saken opplyst. Er saken tilstrekkelig opplyst i forhold til hva som med rimelighet kan forventes, bør ikke saken trekke unødvendig ut i tid. Videre må det tas hensyn til hva som er praktisk mulig. Det er en selvfølge at bevis som det er praktisk umulig å innhente, kan avskjæres ut fra denne betraktningen.

Det økonomiske aspekt innebærer at betydningen av beviset må veies mot de økonomiske ulempene. Er kostnadene ved å føre et bevis forholdsmessig større enn betydningen av

³⁴ Bjerke (1986) s.189-190.

beviset kan det avskjæres ut fra dette hensynet. Motsetningsvis innebærer det at bevismidler som ikke innebærer store kostnader ikke bør avskjæres ut fra denne betraktningen. En sakkyndig utredning er i de fleste tilfeller både kostnadskrevende og tidkrevende. Prosessøkonomiske hensyn kan altså tilsi at sakkyndige ikke bør tilkalles i bagatellsaker, hvor verken hensynet til individet eller samfunnet taler for en utførlig opplysning av saken ved hjelp av sakkyndige.

3.4 Unntak

Grunnprinsippene i straffeprosessen har til formål å skape en god prosessordning. Prinsippene er et godt utgangspunkt, men kan ikke tas i betraktning i alle henseender. Prinsippet om fri bevisføring har kun legitimitet så langt det virker til å ivareta en god prosessordning, og prinsippet kan begrenses i tilfeller hvor andre hensyn veier tyngre. Dette kan begrunne hvorfor det finnes lovfestede og ulovfestede unntak fra grunnprinsippet om fri bevisføring. Noen unntak fra prinsippet følger av uttrykkelige lovbestemmelser, jf. eksempelvis strpl. § 119 om taushetsplikt. Vern om taushetsbelagte opplysninger har etter lovgivers syn større vekt enn hensynet til en best mulig opplysning av saken.

Det kan også oppstilles unntak fra prinsippet på ulovfestet grunnlag. I Rt. 1990 s. 1008 har Høyesterett vurdert dette spørsmålet, og uttaler: ”Selv om et bevistilbud ikke er avskåret ved direkte lovbestemmelse, kan det være tilfelle der påtalemyndigheten likevel ikke kan tillates å føre beviset. Spørsmålet kan oppstå i forbindelse med bevis fremskaffet på ulovlig måte.” Avgjørelsen omtaler kun bruk av ulovlig ervervet bevis. I Rt. 1996 s. 1114 utvider imidlertid Høyesterett det ulovfestede bevisforbud til enkelte tilfeller hvor beviset er ervervet på lovlig måte og av andre enn påtalemyndigheten. Det uttales at: ”Etter min mening kan det imidlertid helt unntaksvis tenkes at det – på ulovfestet grunnlag – også må nektes ført bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte, og selv når det er siktede som ønsker å føre det.” Avgjørelsen gjaldt bruk av løgndetektor som bevis. Vilkåret for et slikt ulovfestet bevisforbud er at det må ”meget sterke og tungtveiende hensyn til for en slik nektelse, og disse hensyn må være sterkere jo svakere forankring eller tilknytning en nektelse vil ha til straffeprosesslovens regler vurdert ut fra reglenes ordlyd og i lys av lovforarbeidene. De hensyn som kan tenkes å bære en slik nektelse, må være tungtveiende

generelle rettssikkerhets- og personvern hensyn som mer enn oppveier de rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å nekte den aktuelle type bevis ført.” Disse hensynene må veies opp mot hensynet til sakens opplysning.

4 Bruk av sakkyndige i straffesaker

4.1 Sakkyndighetsbeviset

4.1.1 Innledning

Problemstillingen i oppgaven er om nye typer sakkyndighet kan benyttes som bevis i straffesaker i Norge. Bakgrunnen for denne vitenskapen er skissert ovenfor. Det er i denne sammenheng hensiktsmessig å si noe generelt om sakkyndighetsbeviset, og om forholdet til den spesielle typen sakkyndighet som oppgaven omhandler. Videre vil jeg drøfte behovet for sakkyndighet i straffesaker og deretter betenkelighetene ved bruk av sakkyndigbistand i domstolen. Disse temaene belyser spørsmålet om troverdighetssakkyndige bør kunne benyttes i domstolen for å veilede denne i bevisbedømmelsen, slik at kravet om at saken skal bli ”fullstendig opplyst” blir tilfredstilt.

4.1.2 Generelt

Bevismidlene kan deles inn i tre grupper; forklaringer, herunder sakkyndigvurderinger, reelle bevismidler og dokumentbevis.³⁵ De troverdighetsvurderingene som omtales i oppgaven karakteriseres rettslig som sakkyndighetsbevis. Sakkyndighetsbeviset er i utgangspunkt et godkjent bevismiddel etter prinsippet om fri bevisføring.

I straffesaker kan det være behov for sakkyndighet av ulik art. Dette kan eksempelvis være sakkyndige som vurderer om fingeravtrykk fastslår hvem gjerningsmannen er, eller rettspsykiatrisk sakkyndige som vurderer gjerningsmannens tilregnelighet. Det er som regel faktiske forhold, i motsetning til rettssetninger, som krever sakkyndig utredning, og

³⁵ Andenæs (2000) s. 180-181 og 246-253.

vurdering av troverdigheten er et slikt faktisk forhold. Det er imidlertid nødvendig med klare grenseoppganger mellom rettens og de sakkyndiges ansvarsområde – den sakkyndige skal kun veilede domstolen i dens bevisvurdering og dermed ikke foreta en bedømmelse av bevisene. Teoretisk sett kunne man tenke seg at de sakkyndige uttalte seg om de generelle erfaringssetninger og vurderingsnormer, slik at dommeren selv kunne bruke disse vurderingene på det faktiske forhold. Fordeling av oppgaver og ansvar mellom dommeren og den sakkyndige vil dermed være optimal. Dette er derimot ikke alltid gjennomførbart i praksis, og det kan være faglig uforsvarlig i forhold til den sakkyndige. Man er i slike tilfeller henvist til å la den sakkyndige foreta vurderingen og konkludere på bakgrunn av sin kyndighet. En slik bruk av sakkyndige kan imidlertid være uheldig, fordi det kan gripe inn i bevisvurderingen til domstolen. De sakkyndige uttalelsene er ikke bindende for retten. Men domstolen vil i mange tilfeller ikke ha mulighet til å vurdere holdbarheten av den sakkyndige uttalelsen, og dermed gjøre seg opp et eget skjønn i forhold til spørsmålet som søkes avgjort i retten. Det kan videre bli problematisk for retten å imøtegå det sakkyndige syn, slik at sakkyndigvurderingen ikke prøves gjennom en kontradiktorisk behandling. Den sakkyndige erklæringen blir da ofte avgjørende for siktede, fordi domstolen er ute av stand til å føre noen effektiv kontroll. Dette kan være en fare for rettssikkerheten, og kan medføre at også uskyldige domfelles dersom domstolen stoler på den sakkyndige i for høy grad.

4.1.3 Oppnevning av sakkyndige

Sakkyndige oppnevnes av retten, jf. strpl. § 138. Dette anses som en hensiktsmessig løsning, fordi den sakkyndiges rolle består i å veilede domstolen i å treffe en materielt riktig avgjørelse. Partene har imidlertid innflytelse på avgjørelsen ved at domstolen skal ”gi partene adgang til å uttale seg”, jf. strpl. § 141 1. ledd. Bestemmelsen forutsetter for øvrig at dette kan la seg gjøre ”uten fare for opplysning av saken og uten uforholdsmessig opphold.” At partenes uttalelse blir tillagt vekt vil ha særlig betydning med tanke på utradisjonell sakkyndighet. Det er i denne situasjonen viktig at den siktede samarbeider med den sakkyndige for at denne skal kunne foreta en vurdering av troverdigheten. Dette gjelder også ovenfor andre typer sakkyndighet, eksempelvis rettspsykiatriske undersøkelser. Slike undersøkelser foretas selv om siktede ikke samtykker, og

troverdighetsanalyser kan i stor grad gjennomføres selv om undersøkelsespersonen ikke samarbeider. Løgndektormetoden er derimot avhengig av at vedkommende samarbeider.

Partenes enighet er likevel ikke bindende for retten. Domstolen er tillagt avgjørelsesmyndighet i spørsmålet, og retten må veie hensynet til partene opp mot det overordnede hensyn om en best mulig opplysning av saken, herunder å finne frem til de beste sakkyndige i den aktuelle sak, jf. Rt. 1978 s. 876. De sakkyndige skal være både kyndige og upartiske.

4.1.4 Sakkyndige uten oppnevning

Det kan forekomme at partene i en straffesak benytter seg av sakkyndig bistand uten at den sakkyndige blir oppnevnt av retten, jf. strpl. § 148 for påtalemyndighetens vedkommende og § 154 for siktedes vedkommende. Skal slike sakkyndige få status som sakkyndig under hovedforhandlingen, må de oppnevnes av retten. Dersom en slik oppnevning ikke forekommer kan de opptre som ”sakkyndige vitner” i retten. Dette kan være aktuelt for troverdighetssakkyndige, dersom de ikke blir oppnevnt av retten. Bestemmelsene om private sakkyndige har sin bakgrunn i prinsippet om fri bevisføring. Dersom retten ikke ønsker den sakkyndige oppnevnt, har partene allikevel mulighet til å føre beviset dersom de ønsker det.

De private sakkyndige ”gir forklaring etter samme regler som for vitner”, jf. strpl. § 149. De står imidlertid i en mellomstilling mellom oppnevnt sakkyndige og vitner ved at de kan ”være til stede under hele hovedforhandlingen.” Dette er særlig aktuelt ved bruk av nye typer sakkyndighet, fordi en evaluering av troverdigheten i stor grad beror på hva siktede, vitner eller fornærmede forklarer seg om i retten og hvordan de opptrer i denne sammenheng.

4.1.5 Spesielt om dommeravhør og observasjon

På bakgrunn av forskning på barn som vitner er det innført regler om dommeravhør og observasjon av barn, jf. strpl. §§ 234, 239 og 298. De materielle reglene faller utenfor denne fremstillingen, men det bør i denne sammenheng nevnes at lovgiver i dette tilfellet

har sett behovet for et slikt regelsett. På bakgrunn av at yngre barns hukommelse i stor grad er mangelfull og at barn generelt er mer påvirkelige vitner, er det oppstilt regler som blant annet innebærer at "[g]jentatte avhør skal så vidt mulig unngås", jf. strpl. § 234 2. ledd 3. punktum.

Dommeravhør og observasjon har til formål å sikre at barn forklarer seg troverdig.³⁶ Dette formålet blir ivaretatt ved at "[d]ommeren (...) som hovedregel [skal] tilkalle en særlig skikket person til å bistå ved avhøret eller foreta avhøret under dommerens kontroll", jf. strpl. § 239 1. ledd 2. punktum. Avhøret tar sikte på å skille ut en del feilkilder, men denne regelen innebærer imidlertid ingen garanti for at barnet forklarer seg troverdig. Barnet kan eksempelvis ha vært utsatt for ledende og suggestive spørsmål forut for avhøret, som reglene om dommeravhør vanskelig kan avhjelpe. Det kan dermed oppstå behov for psykologer og psykiatere med særlig kunnskap om barn som kan avgi erklæring om barns troverdighet.

Det kan spørres om det foreligger så mange særlige problemstillinger angående barn som vitner at det foreligger et større behov for sakkyndighet på dette området. Det kan antas at dommere i større grad er rutinert nok til å vurdere voksnes troverdighet, fordi slike vurderinger forekommer oftere i retten. Det er imidlertid noe tvilsomt om dommere sitter inne med mer kunnskap om troverdighet vedrørende voksne enn barn. Dette kan begrunnes med at barn som vitner har vært diskutert over lang tid, særlig i forbindelse med regelverket om dommeravhør. Kunnskap om troverdighet til voksne er derimot ikke kommet frem på samme måte. Det kan virke som om troverdighetsvurderinger av voksne er noe undervurdert i rettssystemet.

4.2 Behov for sakkyndige?

Professor i psykologi Harald Schjeldrup skrev i 1934 at "alle som har med bedømmelsen av vidneutsagn å gjøre, bør kjenne resultatene av utsagnsforskningen".³⁷ Spørsmålet om

³⁶ Rønneberg (2000) s. 82-87.

³⁷ Magnussen (2004) s. 261.

domstolen har tilstrekkelig kunnskap om den vitnepsykologiske forskningen er vurdert i kapittel 2.3.6. På denne bakgrunn er det nødvendig å diskutere behovet for sakkyndige. Retten kan bruke de sakkyndige på to forskjellige nivåer. Den sakkyndige kan opplyse retten om den vitnepsykologiske kunnskapen på generelt grunnlag, eller den sakkyndige kan evaluere den aktuelle forklaringen konkret. Vitnepsykologisk forskning er imidlertid benyttet i liten grad i norske rettssaker.³⁸

For domstolen er det overordnede hensyn å få saken tilstrekkelig opplyst slik at den kan vurderes riktig. Domstolen kan imidlertid ikke ha oversikt over alle fagområder som kommer frem for retten, fordi dommere først og fremst er jurister. Som nevnt innledningsvis er fagdommere utdannet til å tolke og anvende rettsregler på et gitt faktum. I retten er det i liten grad tolking av rettsreglene som volder problemer. Det forekommer imidlertid ofte at det er faktum det strides om.³⁹ I vurderingen av hva som er sant og usant, har dommeren dermed lite kunnskap fra utdannelsen å støtte seg på. Problemet kommer på spissen når ingen tekniske bevis bygger opp under noen av de motstridende vitneforklaringene. Det er en vanskelig dommeroppgave å avgjøre hvilke vitneforklaringer som skal legges til grunn i et slikt tilfelle. Det kan derfor være et reelt behov for en domstol å få en fagperson til å uttale seg om særlige spørsmål. At domstolen i slike situasjoner kan få fagkyndig bistand har stor betydning for deres bedømmelse av bevisene og kan styrke avgjørelsesgrunnlaget i domstolen, herunder hindre at uskyldige blir domfelt.

Utradisjonell sakkyndighet omfatter imidlertid vurderinger som domstolen til en viss grad har innsikt i. Vurdering av troverdigheten av forklaringer er nettopp det dommeren skal gjøre i retten etter prinsippet om fri bevisbedømmelse. Denne vurderingen er imidlertid vanskelig dersom ingen tekniske bevis støtter opp om motstridende forklaringer. Videre er noen saker så kompliserte at domstolen har behov for veiledning i sin vurdering. Forklaringer fra barn reiser eksempelvis så mange problemer som dommeren vanskelig kan ha oversikt over, at sakkyndighet kan være nødvendig for sakens fullstendige opplysning.

³⁸ Høyland (2003) og Reigstad (1995).

³⁹ Lie (2002) s. 17.

4.3 Betenkeligheter knyttet til bruk av sakkyndige

På bakgrunn av diskusjonen ovenfor er det hensiktsmessig å redegjøre for eventuelle ulemper ved bruk av sakkyndighet. Bruk av utradisjonell sakkyndighet i straffesaker kan støte på rettssikkerhetsmessige betenkeligheter. Disse betenkelighetene gjelder for så vidt for alle typer sakkyndighet i domstolen, men drøftelsen tar først og fremst sikte på å vurdere den utradisjonelle kompetansen.

Av rettsikkerhetshensyn er det betenkelig at forskningen viser at det ikke foreligger pålitelige metoder som kan vurdere troverdighet. De metodene som er utarbeidet er i liten grad utforsket, slik at de vanskelig kan benyttes som avgjørende bevis for troverdighet i domstolen. Dette problemet oppstår også ved bruk av tradisjonell sakkyndighet. Odd Arne Tjersland ved Senter for klinisk psykologisk forskning ved Universitetet i Oslo mener metodene som anvendes, blant annet for å diagnostisere seksuelt misbruk, ikke er pålitelige nok og bygger på for mye skjønn.⁴⁰ Kritikken har ført til at en rekke avgjørelser vedrørende seksuelt misbruk av barn har blitt gjenopptatt på bakgrunn av nye evalueringer av sakkyndige uttalelser. Det er særlig blitt påberopt ny medisinsk viten for så vidt gjelder vurderingen av anogenitale funn hos små barn, og denne kritikken har medført frifinnelse i en rekke avgjørelser.⁴¹ Påliteligheten av sakkyndighetsbeviset drøftes imidlertid nærmere i kapittel 6.2, og det henvises derfor til denne drøftelsen.

På denne bakgrunn kan det spørres om de sakkyndige uttalelsene legges til grunn uten nærmere vurdering av domstolen. Vekten av et bevis vil variere fra sak til sak, og påliteligheten av beviset bør ha stor betydning i bedømmelsen av beviset.

Overtalelseskraften til en uttalelse fra en sakkyndig beror dels på dens saklighet, dels på den sakkyndiges evne til å dokumentere premissene som leder til konklusjonen, dels på uttalelsens logiske oppbygning og struktur, og dels på den sakkyndiges evne til å presentere sin mening på et språk som er begripelig for domstolen. Sakkyndige har imidlertid generelt

⁴⁰ Tjersland (1995).

⁴¹ Se blant annet Rt. 2003 s. 940.

høy status i straffesaker.⁴² Det kan dermed være vanskelig for retten å vurdere deres uttalelser nøkternt og distansert, slik at bevismiddelet blir gjenstand for kontradiktorisk behandling. Professor i psykologi, Lennart Sjöberg, uttaler om dette: "Systemet er bygget opp slik at psykologene selv tror at deres utdanning og erfaring gjør dem i stand til å bedømme mennesker på "dypt" nivå. At disse bedømmelsene er temmelig skjønnsmessige, har tydeligvis ikke gått opp for domstolene, ellers hadde de neppe latt seg påvirke av psykologenes uttalelser."⁴³ Det er antakelig vanskelig for en dommer å sette sin mening foran den profesjonelles vurdering, og av hensyn til effektiviteten i domstolen er det vanskelig å etterprøve de sakkyndiges vurdering. Dette er betenkelig ut fra oppgavefordelingen i domstolen – dommeren skal foreta bedømmelsen av bevisene.

Et eksempel fra Tyskland kan nevnes i denne sammenheng.⁴⁴ En tysk vitnepsykolog, Udo Undeutsch, har skildret hvordan domstolene lot seg påvirke av utsagnsforskningens resultat. Ettersom bruk av sakkyndige økte i sedelighetssaker, kunne man også registrere en økende mistro i domstolenes beslutninger ved vurderingen av troverdigheten til de mindreåriges utsagn. I en periode steg frekvensen av frikjennelser i denne type saker i Berlin til omtrent 70 %. Det kan på bakgrunn av denne undersøkelsen trekkes den slutning at domstolene ble påvirket i de sakene hvor den sakkyndige opptrådte.

På den annen side kan det hevdes at dette synet blir for snevert. En del forhold taler for at domstolen har større innsikt i sakkyndigvirksomhet enn det er hevdet ovenfor. Som eksempel kan nevnes benyttelsen av Gudjonsson som sakkyndig i norske rettssaker, se kapittel 5.3.3.

Et av problemene som reiser seg er at de sakkyndige som brukes i straffesaker ikke nødvendigvis har tilstrekkelig kompetanse innenfor det vitnepsykologiske området.⁴⁵ I forlengelsen av dette er det betenkelig at det i en del tilfeller foreligger uenighet mellom

⁴² Eskeland (2000) s. 509.

⁴³ Holgersen (1997) s. 86.

⁴⁴ Trankell (1980) s. 162.

⁴⁵ Trankell (1980).

sakkyndige uten at retten nødvendigvis blir klar over dette. Det er lite fokus på det vitnepsykologiske tema i psykologutdannelsen. Videre innebærer ikke utdannelsen innsikt i den sakkyndiges arbeidsmetode. Troverdighetsvurderinger innebærer vanskelige og skjønnsmessige bedømmelser. Utilstrekkelig fagkyndighet i sammenheng med manglende kontradiktorisk behandling fra domstolens side kan være en fare for rettssikkerheten. Konsekvensen av dette kan være at uskyldige blir domfelt, og at skyldige blir frikjent. Det kan i slike tilfeller neppe hevdes at bruk av sakkyndige innebærer at saken blir fullstendig opplyst, slik at ønsket om at ingen uskyldige skal dømmes blir oppfylt. Det kan dermed være behov for en generell kompetanseheving i forhold til sakkyndige i retten. Videre bør domstolen bli klar over de problemene som foreligger og dermed stille seg mer kritisk til sakkyndigvurderinger. Det kan også være aktuelt å benytte to sakkyndige i domstolen, se arbeidsgruppens uttalelse om rettspsykiatriske observasjoner i utredningen.⁴⁶

En generell redegjørelse i domstolen for vitnepsykologisk forskning støter imidlertid ikke på de samme rettssikkerhetsmessige betenkelighetene som kan antas å være problematisk i forhold til enkelte konkrete analyser av troverdighet. En slik redegjørelse vil øke bevisstheten og kunnskapen til dommeren omkring troverdighetsproblematikken. Dette kan medføre at domstolen i større grad bygger sine vurderinger på forhold som samsvarer med forskningen, slik at stereotypiske holdninger og irrasjonelle faktorer ikke legges til grunn i like stor grad.

Med tanke på at ingen uskyldige skal dømmes kan konsekvensene av feilaktige slutninger fra sakkyndige bli store i straffesaker. Psykologer kan peke på svakheter ved en forklaring, mens domstolens oppgave er å treffe en avgjørelse. Denne oppgaven innebærer et stort ansvar, og det er i denne sammenheng hensiktsmessig å minne om Per Augdahls høyst ulovfestede bevisregel: ”Hvis du som dommer er i tvil, så skal du velge den løsning som gjør minst skade om du tar feil.”⁴⁷

⁴⁶ NOU 2001:12 s. 24.

⁴⁷ Moss (2005).

4.4 Ulikheter mellom gamle og nye typer sakkyndighet?

Oppgaven problematiserer rundt bruk av nye typer sakkyndighet. Det kan imidlertid ikke skilles klart mellom gamle og nye typer sakkyndighet. Noen tradisjonelle sakkyndigvurderinger uttaler seg også om troverdigheten til siktede, vitner eller fornærmede. Dette kan eksempelvis være fagfolk som blir oppnevnt som sakkyndige for å uttale seg om langtidsvirkninger av den påståtte handlingen.⁴⁸ Vurdering av fornærmedes troverdighet vil da ofte være en del av dennes forklaring. Videre kan helsepersonell som har behandlet fornærmede uttale seg om troverdigheten til fornærmede. Disse forklaringene bygger ikke på objektive funn, men på mer eller mindre vage slutninger om troverdighet. Ut fra likhetsbetraktninger er det vanskelig å begrunne hvorfor noen sakkyndige kan uttale seg om troverdigheten, mens andre sakkyndige ikke kan benyttes i domstolen for å vurdere troverdigheten. Det fremgår ovenfor i kapittel 4.3 at de ulempene som kan tillegges utradisjonell sakkyndighet i en del tilfeller også er treffende for tradisjonell sakkyndighet. Situasjonen er på dette punktet noe uoversiktlig, og det er vanskelig å si hvor grensen går.

Det kan spørres om tradisjonell sakkyndighet omhandler mer konkrete faktiske forhold, og dermed bidrar direkte til en bedre opplysning av saken. En vurdering av bremsesporenes lengde for å fastslå bilens hastighet baserer seg på konkrete utregningsregler, mens slutninger rundt troverdigheten til et individ er et mer vagt vurderingstema. Videre vil tradisjonell sakkyndighet ha et annet hovedfokus i sin vurdering, mens de nye typene har troverdigheten i fokus. En rettspsykiatrisk vurdering av siktede kan inneholde slutninger om troverdigheten, men dette er ikke hovedtemaet i den sakkyndiges uttalelse, og går dermed ikke inn på domstolens bevisbedømmelse i like stor grad. Videre har de tradisjonelle sakkyndige generelt vært kritiske til mandater som går inn på bevisbedømmelsen, fordi de anser dette som domstolens oppgave.

En vurdering av bremsespor er et eksempel på en konkret vurdering. Det er imidlertid ikke alle sakkyndigvurderinger som er like konkrete. En tilregnelighetsvurdering er et eksempel på en forholdsvis vag sakkyndigvurdering, og som nevnt kan mange av argumentene mot

⁴⁸ Krokeide (1998).

bruk av den utradisjonelle sakkyndigkompetansen også benyttes som argument mot bruk av sakkyndige som uttaler seg om tilregneligheten. En tilregnelighetsvurdering kan eksempelvis oppfattes som integritetskrenkende av siktede. Videre kan det også i tilregnelighetsvurderingen oppstå uenighet mellom de sakkyndige på samme måte som ved vurdering av troverdigheten. Det foreligger imidlertid en forskjell mellom tilregnelighetsvurderinger og troverdighetsvurderinger. En tilregnelighetsvurdering innebærer en vurdering av et av straffbarhetsvilkårene i straffesaker. En troverdighetsvurdering innebærer derimot en vurdering av bevisene som fremkommer i retten. En bedømmelse av vitnebeviset er en vurdering som direkte er tillagt domstolen etter prinsippet om fri bevisbedømmelse. På den annen side kan all sakkyndigvirksomhet gripe inn i bevisbedømmelsen til domstolen. Det sakkyndige skjønn i tilregnelighetsvurderingen har direkte betydning for om et av straffbarhetsvilkårene er oppfylt, og er dermed avgjørende for spørsmålet om skyld.

5 Gjeldende rettstilstand i Norge

5.1 Innledning

Hovedregelen i norsk rett om fri bevisføring innebærer at sakkyndighetsbevis kan føres i retten. Det finnes imidlertid enkelte bestemmelser i straffeprosessloven som gjør unntak fra hovedregelen, og problemstillingen er her om det kan oppstilles unntak for nye typer sakkyndighet. I denne sammenheng har strpl. § 134 om troverdighet ”i sin alminnelighet” betydning for å vurdere om den omfatter sakkyndige som uttaler seg om troverdigheten. Videre vil strpl. § 294 om ansvar for at saken skal bli ”fullstendig opplyst” og strpl. § 92 om ”midler som nedsetter siktedes bevissthet” få betydning.

Strpl. § 294 er i rettspraksis benyttet for å utelukke troverdighetsanalyser, analyse av tilståelser og analyse av forklaringer fra barn utført av sakkyndige, se kapittel 5.3.

Strpl. § 92 er benyttet for å avskjære løgndetektor som bevis, se kapittel 5.4. Det foreligger

vesentlige likheter mellom troverdighetsanalyser og løgndetektor. Denne likheten følger av at begge bevismidlene foretar en vurdering av troverdigheten. Det kan antas at løgndetektor kan avskjæres som bevis med hjemmel i strpl. § 294, fordi dette bevismiddelet på samme måte som andre troverdighetsvurderinger kan antas å ikke føre til en ytterligere opplysning av saken. Høyesterett har imidlertid valgt å avskjære løgndetektor som bevis ut fra mer prinsipielle betraktninger, og forankret avskjæringen i strpl. § 92. En avskjæring etter strpl. § 294 vil i prinsippet føre til at bevis kan føres dersom saken ikke anses å være tilstrekkelig opplyst. På bakgrunn av dette vil de ulike bevismidlene bli behandlet hver for seg når det gjelder rettskildene lovtekst, forarbeider og rettspraksis. Likheten mellom bevismidlene innebærer imidlertid at de reelle hensynene i vesentlig grad er de samme, og disse vil derfor bli behandlet samlet i kapittel 6.

5.2 Bevis for troverdighet "i sin alminnelighet"

Etter strpl. § 134 1. ledd må "[b]evisførsel om et vitnesandel eller for å svekke eller styrke et vitnes troverdighet i sin alminnelighet (...) bare finne sted på den måte og i den utstrekning retten tillater det." Strpl. 134 legger altså begrensninger på bevisførselen om vitnets troverdighet. Bestemmelsen gjelder for alle trinn i saken, men har størst betydning under hovedforhandlingen.⁴⁹ Bevis for tiltaltesandel reguleres av strpl. § 301 2. ledd. Bestemmelsene er delvis samstemmende.

Bevisførsel om vitners troverdighet er i utgangspunktet tillatt. Bestemmelsen begrenser bruk av slike bevis ved at det er opp til retten å avgjøre om slik bevisførsel kan finne sted og i hvilken utstrekning. Å nekte all bevisførsel om vitners troverdighet kan falle uheldig ut. Dersom et vitnemål som har avgjørende betydning for sakens utfall, er avgitt av en person som tidligere har vært straffet for falsk forklaring, er det lite rimelig at slik bevisførsel ikke skal være tillatt. Retten må imidlertid foreta et skjønn, hvor det vurderer om beviset har "vesentlig betydning" eller ikke, jf. strpl. § 134 1. ledd 3. ledd. Retten er gitt avgjørelsesmyndighet siden de er nærmest til å foreta en slik vurdering. De har en objektivitetsplikt i tillegg til en plikt til å våke over sakens opplysning, og når slik

⁴⁹ Hov (1999) s. 242-243.

bevisførsel må godtas av retten, er retten gitt en kontrollmulighet ved at de kan hindre at bevisførselen blir lite hensynsfull. Retten må foreta en vurdering av betydningen av bevisførselen og den eventuelle skade bevisførselen kan volde.⁵⁰ Slik bevisførsel kan lett bli urimelig ved at den blottlegger personlige forhold fra fortiden. Det må imidlertid tas hensyn til vitnets person og hva slags forhold som ønskes belyst. Videre bør det tas hensyn til hvilken betydning vitnets forklaring har for sakens avgjørelse og sakens alvor.

Strpl. § 134 gjelder ”bevisførsel”, og det settes dermed begrensninger på all bevisførsel om vitnetsandel og troverdighet, både dokumentbevis og vitneførsel, herunder sakkyndige. Videre gjelder bestemmelsen bevis forandel og troverdighet ”i sin alminnelighet”. Dette henviser til bevis som belyser om vitnet er til å stole på eller ikke, og omfatter bevis for tidligere forhold som kan svekke vitnets generelle troverdighet. Etter en naturlig språklig forståelse omfatter ikke bestemmelsen bevis om vitnets troverdighet i den spesielle saken. Det betyr at bevisførsel om vitnets tilknytning til fornærmede eller tiltalte og tidligere forklaringer i saken kan tillates. Det kan imidlertid være vanskelig å trekke grensen mellom hva som er vitnets troverdighet i sin alminnelighet og hva som er vitnets troverdighet med henblikk på den aktuelle påståtte handlingen.

Strpl. § 134 får liten betydning i vurderingen av om nye typer sakkyndighet kan tillates i retten. I hovedsak innebærer sakkyndighetsbeviset en vurdering av troverdigheten i den spesielle saken. Slike bevis faller dermed utenfor anvendelsesområdet til strpl. § 134, jf. vilkåret om troverdighet ”i sin alminnelighet”.

5.3 Troverdighetsanalyser

5.3.1 Utgangspunkt: retten skal vurdere troverdighet

Prinsippet om fri bevisbedømmelse innebærer som nevnt at domstolen skal vurdere bevisene etter et skjønn, og en vurdering av troverdigheten til siktede, fornærmede og vitner er dermed en vurdering som ligger innenfor domstolens skjønn. Bevisbedømmelsen i

⁵⁰ Bjerke (2001) s. 536-540.

en straffesak vil nesten alltid gi større eller mindre grad av tvil, og hensynet til effektiviteten i domstolen kan dermed tilsi at sakkyndige bør utelukkes. Det er dermed ikke sagt at domstolen ikke i visse tilfeller kan ha behov for sakkyndige.

5.3.2 Straffeprosessloven § 294

Etter strpl. § 294 skal "[r]etten (...) på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst". Utgangspunktet er imidlertid at partene fører de bevis de ønsker.⁵¹ Domstolen skal deretter kontrollere og supplere bevisførselen. Finner domstolen eksempelvis at oppnevning av en sakkyndig er nødvendig for at saken skal bli "fullstendig opplyst", vil det være en saksbehandlingsfeil dersom domstolen ikke sørger for slik bevisførsel. Denne plikten gjelder uavhengig av om partene selv har sagt at de ikke ønsker ytterligere bevisførsel, jf. Rt. 1968 s. 959.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordene "fullstendig opplyst" vil bestemmelsen rekke for langt, og i mange tilfeller vil en slik opplysning av saken være uoppnåelig. Formålet er at retten skal sørge for at saken er så godt opplyst som mulig. Domstolen bør foreta en rimelighetsvurdering av hva som er praktisk mulig og økonomisk forsvarlig i forhold til sakens alvor. Både betydningen for siktede og det tidstap en eventuell utsettelse vil innebære må tas i betraktning. Hovedregelen om fri bevisføring innebærer imidlertid at domstolen bør være tilbakeholdne med å nekte bevis ført.

5.3.3 Rettspraksis

Forarbeidene uttaler ikke noe spesielt om troverdighetsvurderinger.⁵² Videre gir lovteksten lite holdepunkter for en drøftelse av troverdighetssakkyndige. Dersom det anses hensiktsmessig at domstolen foretar troverdighetsvurderinger, vil saken være fullstendig opplyst selv om det ikke oppnevnes sakkyndige. Det motsatte vil være tilfelle dersom man anser de sakkyndige for særlig egnet til å foreta slike vurderinger, og det er derfor nødvendig å redegjøre for noen aktuelle avgjørelser på området. Det tas utgangspunkt i tre avgjørelser fra Høyesterett; en drapssak hvor troverdigheten til de tiltalte var sentral, og to

⁵¹ Andenæs (2000) s. 6.

⁵² Straffeprosesslovkomitéens innstilling s. 303-304.

saker om seksuelt overgrep hvor fornærmedes troverdighet hadde betydning. Til slutt vurderes en avgjørelse fra lagmannsretten hvor en tilståelse ble hevdet å være falsk.

I Orderud-saken ble det i ankesaken for lagmannsretten fra forswarets side begjært oppnevnt sakkyndig for å vurdere de tiltaltes troverdighet.⁵³ To av de tiltalte ønsket en vurdering, foretatt av Gisli H. Gudjonsson, av de tiltaltes personlighet, blant annet en generell troverdighetsvurdering om ”evne til å gi troverdige eller sanne forklaringer”.

Lagmannsretten tok ikke begjæringen til følge og viste til at det ville være prinsipielt uheldig å oppnevne en sakkyndig med et slikt mandat, siden det ”vil gripe direkte inn i lagrettens bevisvurdering av sentrale bevistemaer, noe som anses prinsipielt uheldig”. Videre fant lagmannsretten det ikke nødvendig av hensyn til sakens fulle opplysning å oppnevne sakkyndig som foreslått. Høyesteretts kjæremålsutvalg fastslo at lagmannsretten hadde forstått kravet om ”fullstendig opplyst” riktig, og det var dermed ikke grunnlag for noen mer utfyllende bevisvurdering. Videre ble rent prinsipielle betraktninger lagt til grunn for avgjørelsen.

Høyesterett avviste altså behovet for troverdighetsanalyser utført av sakkyndige på bakgrunn av at saken allerede var tilstrekkelig opplyst. Dette innebærer at de anser domstolen som kompetent til å foreta disse vurderingene selv. Vitnepsykologisk forskning viser imidlertid at dette ikke er tilfellet, og det kan virke som de prinsipielle betraktningene om oppgavefordelingen i domstolen fremstår som hovedbegrunnelsen for å nekte slike bevis.

I Rt. 1992 s. 1231 har Høyesterett begrunnet sin avgjørelse med at saken allerede var tilstrekkelig opplyst. En 39-årig mann var blitt dømt til fengsel i ett år og ni måneder for utuktig omgang med sin datter. Saken reiste spørsmål om oppnevning av sakkyndig for å vurdere forklaringen fra fornærmede. Høyesterett uttalte: ”Etter loven alminnelige regler vil det da i utgangspunktet bero på en vurdering i det enkelte tilfelle om det er behov for

⁵³ Rt. 2001 s. 1465.

sakkyndig bistand. Hvor det begjæres oppnevnt sakkyndige, må retten ta stilling til spørsmålet. Men selv om det ikke fremkommer noen slik begjæring, er dette ikke avgjørende for retten, som har et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Jeg peker på at saker av denne art er meget inngripende for de involverte, og det må stilles strenge krav til saksbehandlingen, blant annet ut fra hensynet til tiltaltes rettssikkerhet”.

Høyesterett åpner for at det kan være behov for sakkyndig bistand på dette området, til tross for at en vurdering av troverdigheten i utgangspunktet er rettens oppgave. De prinsipielle betraktningen i Orderud-saken fikk ikke tilsvarende gjennomslagskraft i denne avgjørelsen. Hensynet til barnet og tidsforløpet ble imidlertid avgjørende, og det ble dermed ikke ansett som en saksbehandlingsfeil at retten ikke hadde oppnevnt en sakkyndig for dette mandatet.

En tilsvarende sak var oppe i Rt. 2003 s. 383. En mann var her dømt for å ha fått en seks år gammel jente til å beføle seg. Under ankeforhandlingene ønsket han oppnevnt en sakkyndig til å vurdere troverdigheten av fornærmedes forklaring. Kjæremålsutvalget gjentok utgangspunktet om fri bevisbedømmelse og uttalte: ”Som lagmannsretten påpeker er det rettens oppgave å vurdere et vitnes troverdighet. Det betyr likevel ikke at det ikke i enkelte saker kan være behov for å oppnevne sakkyndige for å bistå retten ved dens vurdering.” Utvalget trakk videre den slutning at saken ikke aktualiserte spørsmål som gjorde vurderingen av fornærmedes troverdighet mer komplisert enn det som var normalt i slike saker.

På bakgrunn av disse avgjørelsene kan det trekkes den slutning at en vurdering av om sakkyndig bistand er nødvendig – og derfor bør tillates – beror på en konkret vurdering. Dersom strpl. § 294 ikke gir avgjørende holdepunkter, må sakens art og hensynet til tiltaltes rettssikkerhet veies opp mot de prinsipielle betenkeligheter ved å overføre bevisvurderingen til sakkyndige. De to sistnevnte sakene omhandler vurdering av troverdigheten til barn. Det kan synes som om Høyesterett vurderer behovet for troverdighetsvurderinger i større grad overfor barn enn overfor voksne. De prinsipielle

betraktningene som ble vektlagt i Orderud-saken fremstår med noe mindre vekt i disse sakene.

Høyesterett er tilbakeholdne med å tillate bevisføring vedrørende troverdighet. Det utelukkes ikke at det kan være et behov for slik bistand, men selv i saker hvor troverdigheten står sentralt, som i Orderud-saken, avfeier de bevismiddelet ut fra den betragtning at en slik vurdering tilligger domstolen. Det er noe betenkelig at tiltalte i en alvorlig straffesak blir nektet å føre bevis for sin uskyld. På bakgrunn av prinsippet om fri bevisbedømmelse er domstolens oppgave å vekte bevisene som fremkommer i retten, herunder en troverdighetsvurdering utført av sakkyndige. Et slikt bevis kan uansett ikke legges til grunn uten nærmere vurdering av retten. Selv om domstolene generelt har vært tilbakeholdne med å tillate troverdighetsvurderinger fra sakkyndige, er et slikt bevis blitt benyttet i en drapssak hvor tilståelsen var omtvistet.

Spørsmålet kom opp i Karmøy-saken, hvor en 21 år gammel mann ble frifunnet for drap på sin kusine i ankeinstansen.⁵⁴ Skyldspørsmålet ble avgjort av lagretten og det finnes dermed ingen begrunnelse for frifinnelsen. Det kan imidlertid antas at oppnevnt sakkyndig, Gudjonsson, hadde stor påvirkning på lagrettens avgjørelse. I saken stod to sakkyndige vurderinger av om en tilståelse gitt til politiet var falsk eller ekte mot hverandre. Gudjonsson konkluderte med at tiltaltes tilståelse var et resultat av mistro til egen hukommelse. Gjennom avhørene hadde tiltalte utviklet en falsk tro som resulterte i en falsk tilståelse.

Det kan spørres hvorfor retten tillot en troverdighetsanalyse med dette mandat når domstolen generelt er avvisende til utradisjonell sakkyndighet. Gudjonsson ble av retten oppnevnt som sakkyndig i Karmøy-saken, mens han fungerte kun som privat sakkyndig i Orderud-saken. Mandatet i de ulike rettssaker var noe forskjellig. I Karmøy-saken skulle han redegjøre for falske tilståelser, mens han i Orderud-saken ble forsøkt oppnevnt som sakkyndig for å foreta generelle troverdighetsvurderinger. En analyse av en tilståelse vil på

⁵⁴ LG 1998 s. 260.

samme måte som generelle troverdighetsvurderinger gå vesentlig inn på bevisvurderingen angående skyldspørsmålet, særlig fordi tilståelsen var det eneste beviset i denne saken. De prinsipielle betraktningene har dermed relevans også i Karmøy-saken. Det foreligger imidlertid en forskjell mellom disse sakene. Gudjonsson kan anses som ekspert på falske tilståelser, og hans faglige tyngde kan da antas å ha vært utslagsgivende når han av retten ble oppnevnt som sakkyndig. Videre er det mulig at domstolen anså behovet for sakkyndighet for mer påtrengende i denne saken. Etterforskningen i saken var kritikkverdig og utslagsgivende for tilståelsen, og en ekspertvurdering av tilståelsen var muligens nødvendig for sakens opplysning.

Det kan imidlertid på bakgrunn av likhetsbetraktninger etter EMK art. 6 og prinsippet om likhet for loven antas at en slik forskjellsbehandling er uheldig, fordi det skaper usikkerhet i rettstilstanden tilknyttet bruk av utradisjonell sakkyndighet i domstolen. Rettergangen bør fremstå som trygg, tillitsvekkende og rettferdig, og disse hensynene blir ikke ivaretatt i tilstrekkelig grad dersom en slik uklarhet foreligger.

5.4 Løgn-detektor

5.4.1 Straffeprosessloven § 92

Etter strpl. § 92 1. ledd skal siktede gis anledning til å ”gjendrive de grunner som mistanken beror på, og anføre de omstendigheter som taler til fordel for ham”. Bestemmelsen fastslår prinsippet om fri bevisføring, som medfører at siktede i utgangspunktet skal kunne føre de bevis han ønsker. Denne retten er imidlertid begrenset i annet ledd som oppregner metoder som ikke må benyttes under et avhør, for å få siktede til å forklare seg. Slike virkemidler omfatter ”løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang”. Videre må ”midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse” ikke benyttes. Denne regelen tar sikte på å forby bruk av såkalt sannhetsserum, herunder narkoanalyse. At slike medikamenter ikke kan benyttes uten siktedes samtykke er selvsagt, jf. legalitetsprinsippet. Denne metoden kan imidlertid heller ikke brukes dersom siktede selv ønsker det, jf. ”må ikke brukes.”

Etter ordlyden er det uklart om løgndetektortesting omfattes eller ikke. Testen skal avdekke kroppslige reaksjoner som personen ikke har kontroll over. Reaksjonene er knyttet til bevisstheten, men de kan i svært liten grad påvirkes av viljen. I dette ligger det en antagelse om at testen medfører en viss tvang, og den kan dermed oppfattes som integritetskrenkende. En slik test "nedsetter" imidlertid ikke siktedes bevissthet eller evne til selvbestemmelse. Løgndetektortesting innebærer en måling av puls, åndedrett, muskelspenning og lignende, og det er ikke et middel som bringer siktede inn i en unormal sinnstilstand.

Strpl. § 92 2. ledd gjelder bare direkte overfor "siktede", men mye taler for at den også må gjelde overfor fornærmede og vitner. Det er lite trolig at straffeprosessloven tillater bruk av mer inngripende midler overfor denne gruppen enn overfor siktede, jf. prinsippene bak loven. Videre gjelder bestemmelsen på alle trinn av forfølgningen, både etterforskningen og hovedforhandlingen, jf. strpl. § 232 2. ledd 2. punktum, selv om den direkte gjelder påtalemyndighetens fremskaffelse av bevis.

5.4.2 Forarbeider til strpl. § 92

Straffeprosesslovkomitéen har ikke tatt stilling til spørsmålet om bruk av løgndetektor.⁵⁵ Komitéen uttaler at løgndetektor står i en annen stilling enn de midler som strpl. § 92 forbyr. Dette begrunnes med at løgndetektor er en finere registrering av psykiske reaksjoner ved måling av puls, åndedrett, muskelspenning og lignende enn det som er mulig ved en vanlig iakttagelse av den avhørte. Det er ikke snakk om ved sprøyter eller lignende midler å bringe siktede inn i en unormal sinnstilstand. Innstillingen synes å gi uttrykk for at løgndetektortester faller utenfor ordlyden i strpl. § 92.

Komitéen fremhever videre at løgndetektor allikevel ikke forutsettes å bli tatt i bruk: "Man har bare villet holde spørsmålet åpent, idet det i dag er for tidlig å ta standpunkt til om et slikt middel bør forbys i loven. Tiden får vise om løgndetektor lar seg bruke på en måte som er tilstrekkelig betryggende."

⁵⁵ Straffeprosesslovkomitéens innstilling s. 189.

Det tas heller ikke stilling til spørsmålet om bruk av løgndetektor i utredningen.⁵⁶ Utvalget refererer til straffeprosesslovkomitéens innstilling og konkluderer med at bruk av løgndetektor ikke er aktuelt som bevis eller etterforskningsmetode. Videre uttales det at det er ”tvilsomt om man kunne innføre denne metoden uten særlig lovhjemmel”.

5.4.3 Forarbeid til ny tvistelov

Twistemålsloven § 193 inneholder en bestemmelse som tilsvarer strpl. § 134.⁵⁷ I forarbeidene til den nye tvisteloven har denne bestemmelsen fått et tillegg i fjerde ledd som omhandler polygraftesting.⁵⁸ Forslaget lyder: ”Det kan ikke føres bevis om en parts eller et vitnes troverdighet, hvor beviset er grunnet på testing av fysiologiske reaksjoner.”

Utredningen er forarbeid til den nye tvistemålsloven, altså en lov som har relativt liten vekt ved løsning av straffeprosessrettslige problemer. Sivilprosessen og straffeprosessen bygger på noe ulike prinsipper og ulike hensyn ligger bak reglene. Det kan av den grunn ikke trekkes den slutning at en tilsvarende regel vil være anvendelig i straffeprosessen.

Jo Hov har kritisert avskjæring av løgndetektorbevis.⁵⁹ Han sammenligner løgndetektortesting med andre undersøkelser, eksempelvis fingeravtrykk og blodprøve, og hevder at dersom et slikt bevismiddel anses som brukbart i domstolen, vil det ikke foreligge noe inngrep av betydning ved at man forlanger at vedkommende lar seg underkaste en slik undersøkelse. Videre fremhever Hov faren ved at bevisforbudet søkes omgått. Utvalget avfeier Hovs kritikk, fordi ”det er neppe en særlig aktuell problemstilling i sivilprosessen”.⁶⁰ I tillegg fremheves det at problemstillingen blir for snever. Indirekte betyr dette at utvalget anser det som mulig at løgndetektor er mer anvendelig i straffeprosessen enn sivilprosessen. På bakgrunn av sammenhengen mellom de to prosessordningene, bør lovgiver avklare spørsmålet også på straffeprosessens område.

⁵⁶ NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks s. 118.

⁵⁷ Lov av 13. aug. 1915 nr. 6.

⁵⁸ NOU 2001 nr. 32 B. Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

⁵⁹ Hov (1999) s. 232-233.

⁶⁰ NOU 2001 nr. 32 B § 25-6.

5.4.4 Rettspraksis

Forarbeidene tar altså ikke direkte stilling til spørsmålet. Etter en tolkning av strpl. § 92 i lys av forarbeidene kan det imidlertid trekkes den slutning at løgndetektor ikke bør tas i bruk som bevis før eventuelt lovgiver har tatt standpunkt til spørsmålet. Etter utgangspunktet om fri bevisføring er hjemmelen for å avskjære løgndetektor som bevis noe uklar. Det avgjørende blir da en tolkning av rettspraksis for å vurdere om det kan oppstilles unntak i norsk rett for løgndetektor som bevis.

Spørsmålet om bruk av løgndetektor som bevis har i praksis alltid blitt reist av forsvaret. I prinsippavgjørelsen i Rt. 1996 s. 1114, som gjaldt forsikringssvindel, tok Høyesterett stilling til spørsmålet. Tiltalte hevdet at han var uskyldig i anklagene om at han hadde tent på sitt bolighus for å få utbetalt forsikringssummen, og ønsket å fremlegge en løgndetektortest som bevis for at han var troverdig i sin forklaring. Beviset ble i denne saken avskjært i herredsretten, fordi den anså beviset som upålitelig. Høyesterett ville heller ikke tillate beviset ført, men var uenig i herredsrettens begrunnelse, og uttalte: ”At det hefter usikkerhet ved bevismiddelets beviskraft, gir etter norsk rett ikke grunnlag for å nekte beviset ført.” Videre begrunnet de sitt standpunkt ut fra prinsippet om fri bevisbedømmelse; det er opp til den dømmende rett å vurdere beviskraften av et bevis.

Høyesterett tok så utgangspunkt i strpl. § 92 2. ledd som gir holdepunkter for hvilken karakter et bevis må ha for å være akseptabelt. Retten uttaler at ordlyden ikke er helt treffende, men trekker den konklusjon at en løgndetektortest har likhetstrekk med midler som omtales i bestemmelsen. De går så videre for å se om forarbeidene avklarer spørsmålet. Etter en tolkning av forarbeidene kommer Høyesterett frem til at løgndetektor ikke er direkte omfattet av bestemmelsen i strpl. § 92 2. ledd.

Høyesterett oppsummerer sitt syn slik: ”Det kan nok være tvilsomt om straffeprosessloven § 92 annet ledd 2. punktum bedømt utelukkende ut fra ordlyd og forarbeider kunne gi grunnlag for å nekte en siktet å føre bevis som polygraftester, dette også fordi bestemmelsen direkte regulerer påtalemyndighetens fremskaffelse av bevis. Når

imidlertid den lovgivningsmessige forankring for et bevisforbud vedrørende polygrafter, som man tross alt har i bestemmelsen, også ses i lys av de sterke reelle hensyn som tilsier nektelse av beviset, må dette etter min mening samlet sett være avgjørende.”

Høyesterett trekker så frem de reelle hensyn, og peker på at polygrafter innebærer en invadering av personligheten til testpersonen. Det legges vekt på at slike tester kan være integritets- og personlighetskrenkende. Videre trekker den frem hensynet til siktede, fornærmede og vitner. Høyesterett hevder at presset for å la seg teste, herunder å bevise sin uskyld, kan bli betydelig. Dette innebærer at det vanskelig kan foreligge et reelt samtykke. Til slutt hevder Høyesterett at en eventuell tillatelse til bruk av polygraf som bevis bør lovfestes. Bevismiddelet reiser en del spørsmål som bør avklares før det tas i bruk.

Høyesterett har fastholdt sitt standpunkt om avskjæring av løgndetektor som bevis i to senere avgjørelser; Rt. 1997 s. 689 og Rt. 1997 s. 1145. Det kan spørres om løgndetektortesting bør tillates som bevis i gjenopptakelsessaker. Det ble i Rt. 1997 s. 689 anført at løgndetektortesten var et nytt bevis som var egnet til å føre til frifinnelse. Høyesterett fant imidlertid at vilkårene for gjenopptakelse ikke var til stede, og viste til Rt. 1996 s. 1114.

I Hosein-saken hvor tiltalte var anklaget for drap på sin kone, ble løgndetektortest som var foretatt i Sverige også avskjært som bevismiddel i domstolen.⁶¹ Lagmannsretten slo fast at det ikke hadde noen betydning at løgndetektortest var tillatt som bevismiddel i Sverige, og at den aktuelle testen var tatt der. Det forelå derfor ikke et slikt faktisk forhold som kunne begrunne et annet resultat enn det Høyesterett kom til i Rt. 1996 s. 1114.

Det foreligger etter dette et ulovfestet bevisforbud for bruk av løgndetektor som bevis. Etter en vurdering av de relevante rettskildene, lovtekst og forarbeider, oppstilte Høyesterett unntak fra prinsippet om fri bevisføring basert på de reelle hensyn. På bakgrunn av en gjennomgang av rettskildene kan det spørres om bruk av løgndetektor bør

⁶¹ LA 2002 s. 1173.

reguleres av lovgiver. Dette spørsmålet har to sider; beviset kan avskjæres eller tillates ved lovregulering. Først og fremst innebærer legalitetsprinsippet at både pålegg av plikter og reduksjon i eksisterende rettigheter bør lovfestes. Det kan da spørres om en innskrenkning i prinsippet om fri bevisføring bør ha klar lovhjemmel. Videre knytter det seg en del betenkeligheter ved anvendelsen av et slikt bevis at det bør vurderes nøye av lovgiver før det eventuelt gis innpass i norske rettssaler. Den vitenskapelige bakgrunn, hvem som er berettiget til å utføre slike tester, dens pålitelighet og lignende bør belyses, slik at bevisbedømmelsen i domstolen blir tilfredsstillende. DNA-bevis er eksempelvis ikke alltid ufeilbarlig, men man har en forholdsvis god oversikt over dens feilkilder, som innebærer at beviset kan vurderes i sin helhet i retten. Det foreligger ikke slik vitenskapelig enighet på området for løgndetektortesting, og dessuten finnes det ikke oversikt over hvordan et slikt bevis ville fungert i retten. Siktete, fornærmede eller vitner kan muligens reagere annerledes ved løgndetektortesting på grunn av stress, nervøsitet etc., enn de ville gjort i et forskningslaboratorium.

Avklaring fra lovgiver vil ha betydning for siktede. En avgjørelse bør fremstå som naturlig og rimelig overfor parten, og dette har stor betydning i straffesaker hvor mye står på spill for siktede. At siktede nektes å føre et bevis han selv mener taler for hans uskyld uten klar hjemmel i lov, kan innebære at han oppfatter rettssystemet som urettferdig og lite betryggende, noe som er uheldig ut fra hensynet om at prosessen bør være hensynsfull overfor partene.

5.5 Bevisavskjæring i forhold til EMK art. 6

Straffeprosessloven inneholder flere bestemmelser som forbyr bevis, eksempelvis strpl. §§ 117-120 om taushetsplikt. Bestemmelsene ivaretar interesser som er beskyttelsesverdige i forhold til EMK.⁶² De kan dermed neppe i seg selv antas å være i strid med siktedes rett til bevisførsel etter EMK art. 6. Spørsmålet her er om avskjæring av troverdighetsanalyser og løgndetektortest som bevis er i strid med EMK art. 6. I første omgang vurderes troverdighetsanalyser opp mot EMK art. 6.

⁶² Jebens (2004) s. 528.

Spørsmålet om bevisavskjæring i forhold til EMK art. 6(3)(d) ble vurdert i Rt. 1996 s. 781, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte: "Dette alternativet er – sett i sammenheng med artikkel 6 nr 1 – forstått slik at det ikke bare gir den siktede samme rett til vitneførsel som aktoratet, men også rett til tilstrekkelig vitneførsel til en forsvarlig belysning av saken. Etter Menneskerettighetsdomstolens praksis har imidlertid den nasjonale domstolen et romslig skjønn når det gjelder hva som er relevant og nødvendig vitneførsel". Høyesterett tolker konvensjonsregelen slik at den gir rom for en totalvurdering som langt på vei svarer til avveiningen i strpl. §§ 292-294. På bakgrunn av dette kan det neppe sies at EMK art. 6 er i strid med avskjæring av troverdighetsvurderinger som bevis etter strpl. § 294 på generelt grunnlag. At avskjæring i det konkrete tilfelle kan komme i strid med EMK art. 6 må vurderes i den enkelte sak.

Det kan da spørres om avskjæring av løgndetektor som bevis er i strid med EMK art. 6. Strpl. § 92 har til formål å ivareta siktedes interesse, blant annet retten til vern mot selvinkriminering. Bestemmelsen har også vært tillagt betydning ved vurderingen av siktedes rett til å føre bevis for å styrke troverdigheten av sin forklaring ved bruk av løgndetektor, jf. Rt. 1996 s. 1114.

Høyesterett kom til at prinsippet om fri bevisføring måtte vike for personvern hensyn. Videre ble nektelse av å føre beviset ikke ansett å være i strid med EMK art 6. Høyesterett begrunnet sitt standpunkt med at det var tale om et bevis som "ikke alene kan være avgjørende for troverdigheten". Videre skyldtes nektelsen "hensynet til den personlige integritet – som i seg selv er søkt vernet i EMK." Ved konvensjonstolkning må det antas at det er holdbart å avveie ulike hensyn og rettigheter mot hverandre.

På bakgrunn av at løgndetektor ble avskjært som bevismiddel i Hosein-saken er avgjørelsen påklaget til EMD. Klagen til EMD argumenterer for en annen vekting av de reelle hensyn enn det Høyesterett har lagt til grunn. Med tanke på personvern hensynet uttales det at: "Dette hensyn kan ikke være overordnet en tiltalts mulighet til å forsøke å

renvaske seg i en konkret straffesak; særlig ikke i lovens verste handling; drap. Det hensyn som Høyesterett peker på kan ivaretas på annen måte dersom lovgiver finner det overordnet blant annet ved å begrense muligheten til å pålegge gjennomføring.”⁶³ Spørsmålet er imidlertid ikke avgjort av EMD. Får disse synspunktene gjennomslag i EMD, kan det formodentlig ventes en endring av gjeldende rett, slik at norsk rett ikke kommer i strid med folkeretten. Frem til dette eventuelt skjer må løgndetektor avskjæres som bevismiddel på bakgrunn av den vurderingen av hensynene Høyesterett har foretatt.

6 Vurdering av gjeldende rett

6.1 Innledning

Avgjørelsene om bevisavskjæring av troverdighetsvurderinger er i hovedsak begrunnet i reelle hensyn. Torstein Eckhoff beskriver reelle hensyn som en vurdering av ”resultatets godhet”.⁶⁴ De reelle hensyn vil i det følgende bli vurdert i forhold til om bevisavskjæring er en god løsning, eller om det bør tillates mer sakkyndighet i straffesaker. Det overordnede mål om at ingen uskyldige skal dømmes har vesentlig vekt.

6.2 Bevismiddelets pålitelighet

Et problem i rettspsykiatrien er om deres klassifiseringer er pålitelige. Er eksempelvis en klassifisering av en forbryter som ”alvorlig sinnslidende” pålitelig? Herunder kommer spørsmålet om det er samsvar mellom ulike psykologers bedømmelser. Problemet reiser seg i forhold til alle sakkyndigvurderinger. De metoder for vurdering av troverdigheten som er skissert i kapittel 2.3.4 har lite forskningsgrunnlag bak seg, med unntak av løgndetektor. Det oppstår imidlertid få særlige problemer ved at det er uenighet om påliteligheten av troverdighetsanalysene i forhold til ved bruk av tradisjonelle sakkyndige. Dette er også tilfellet for andre sakkyndigvurderinger, og får innvirkning på bevismiddelets kraft i retten. At et bevismiddel har lite forskningsgrunnlag bak seg innebærer altså at

⁶³ Klage til European Court of Human Rights av 11. juli 2002.

⁶⁴ Eckhoff (2001) s. 371.

domstolen må vekte beviset i forhold til den usikkerheten som foreligger. I denne sammenheng drøftes hovedsaklig påliteligheten av løgndetektor, fordi det her reiser seg problemer utover det som er drøftet i kapittel 4.3. Påliteligheten av løgndetektor vil imidlertid bli sammenlignet med andre troverdighetsvurderinger, fordi det belyser problemet med bruk av sakkyndighet generelt.

Vitenskapen viser at bruk av polygraf kan øke sannsynligheten for å avsløre løgn atskillig.⁶⁵ Domstolen beskjeftiger seg imidlertid med enkelttilfeller. Ovenfor i kapittel 2.3.4 er ulike typer polygrafter skissert og vurdert i forhold til sin pålitelighet. Etter prinsippet om at ingen uskyldige skal dømmes er en slik feilmargin problematisk i retten. Dersom det forutsettes at løgndetektor kan benyttes som bevis, er det i tilfelle viktig at det fremlegges en vurdering av testen og at dommeren blir advart mot å legge testen til grunn som eneste grunnlag for vurdering av troverdigheten.

Det foreligger flere innsigelser mot bruk av polygraf i rettslig sammenheng. Først og fremst gjelder dette innvendinger av teknisk art. Det er ikke faglig enighet om hvor stor forskjell i polygrafutslag som skal tillegges vekt. For det andre krever administrering av polygrafter særskilt kompetanse, ikke bare rent teknisk, men også i kognitiv psykologi og intervjuetnikk. For det tredje er det blitt klart at det er mulig for testpersonen å manipulere resultatet av polygrafen. Ettersom polygraftertesting er blitt mer aktuelt, er også informasjon om hvordan man selv fremkaller de fysiologiske utslagene blitt mer tilgjengelig. Eksempelvis kan en skyldig person fremkalle de fysiologiske utslagene på kontrollspørsmålene ved å bite seg i tunga, slik at forskjellen mellom reaksjonene på disse spørsmålene ikke fremstår som avvikende i forhold til reaksjonene på de relevante spørsmålene.

Til slutt er muligheten for galt resultat til stede. Dette er ikke kritikkverdig i seg selv, siden alle typer sakkyndigvurderinger til en viss grad er upålitelige. En ulikhet mellom troverdighetsanalyser og løgndetektor består i at løgndetektor er basert på fysisk

⁶⁵ Magnussen (2004) s. 209-214.

observerbare reaksjoner, mens troverdighetsanalyser i stor grad er bygd på skjønn. Psykologen kan som andre mennesker bli påvirket av følelser, stemninger og holdninger. En løgndetektor måler på den annen side objektive fakta ved hjelp av en maskin, og kan dermed sammenlignes med DNA-beviset som også har et fysisk grunnlag. Problemet med løgndetektor er at den kan gi en falsk sikkerhet om skyldspørsmålet, fordi den er bygd på fysiologiske reaksjoner som kan tyde på en vitenskapelig objektivitet som ikke er til stede. På området for løgndetektortesting foreligger det ikke tilstrekkelig kunnskap om feilkilder, som kan føre til at beviset vektes på en tilfredsstillende måte i domstolen, og det kan da bli vanskelig for en domstol å ta kontroll over bevisbedømmelsen. En del av domstolens oppgave er å bedømme bevisene, herunder troverdigheten av forklaringer. Dersom en løgndetektor ikke vurderes i sammenheng med sine feilkilder, kan denne arbeidsoppgaven gå over på den sakkyndige i for stor grad. Det er av disse grunner viktig at resultatet i tilfelle ikke benyttes som det avgjørende bevis, men at retten vekter beviset på bakgrunn av dets pålitelighet. Videre må både resultatet av testen og rapporten fra den sakkyndige fremlegges i retten, slik at eventuelle feilkilder kan konstateres.

Påliteligheten av beviset har i denne sammenheng relativt liten vekt. At et bevis ikke alltid er pålitelig er alminnelig kjent for domstolene. Vitneforklaringer er eksempelvis et bevis hvor det kan foreligge en rekke feilkilder. Det vil uansett ikke være forsvarlig å benytte et slikt bevis som det eneste og avgjørende beviset. Det er i så tilfelle opp til domstolen og vurdere bevisets vekt. Høyesterett åpner opp for at det i helt særegne tilfeller kan oppstilles unntak hvor beviset er upålitelig, jf. obiter dictum i Rt. 1996 s. 1114. Høyesterett har imidlertid avgjort at bruk av løgndetektor som bevis ikke kan unntas på denne bakgrunn. Dette hensynet kan heller ikke antas å ha noen særlig betydning i forhold til troverdighetsanalyser av sakkyndige.

6.3 Personvern

Et problem som reiser seg er om den sakkyndige vurderingen er personlighets- og integritetskrenkende. Det forutsettes i denne sammenheng at den sakkyndige vurderingen innebærer en undersøkelse av personen, og ikke en generell redegjørelse for det vitnepsykologiske tema i domstolen. Uavhengig av hvor omtenksom og hensynsfull

undersøkelsen er, kan den av en del mennesker oppfattes som et utilbørlig angrep på den personlige integriteten. Høyesterett begrunnet avskjæring av løgndetektor som bevis på bakgrunn av disse hensyn, se kapittel 5.4.4. Det samme forholdet kommer opp i vurderingen av om sakkyndigvurderinger bør kunne benyttes som bevis og i tilfelle i hvilken utstrekning.

Dette hensynet får stor vekt i saker om seksuelt misbruk av barn, hvor barnets troverdighet har stor betydning. En undersøkelse av barnet kan være svært belastende. Dette har lovgiver tatt høyde for i reglene om dommeravhør av barn. Hensynet har imidlertid også gjennomslagskraft på andre områder. Et vitne eller en fornærmet i en sak kan oppleve en slik troverdighetsvurdering utført av en sakkyndig som integritetskrenkende. Belastningen vil være særlig stor overfor vitner og fornærmede som forklarer seg så sannferdig som mulig. En del personer kan oppleve testing av troverdigheten som krenkende, og å bli pålagt å gjennomføre en slik test krever derfor hjemmel.

Hensynet får betydelig vekt i alvorlige straffesaker med stor grad av mediedekning. Siktete står ovenfor en stor påkjenning rundt straffesaken, og en undersøkelse av hans troverdighet kan anses som meget inngripende i en slik situasjon. En forhåndsdømming i media er ikke uvanlig i alvorlige straffesaker og å måtte underlegge seg en troverdighetsvurdering som i en slik sammenheng vil få stor medieoppmerksomhet, er betenkelig. Når det gjelder undersøkelse av troverdigheten til fornærmede og vitner blir problemet belyst på en annen måte. For personer som sitter inne med opplysninger om lovbrudd, kan det anses som så integritetskrenkende å gjennomgå en slik undersøkelse at de dermed ikke ønsker å gi opplysninger til politi og påtalemyndighet. Hensynet til sakens opplysning og effektivitet i prosessen vil i en slik sammenheng tale mot en alminnelig bruk av troverdighetsvurderinger.

Mot dette kan det hevdes at ingen kan tvinges til å underlegge seg en slik undersøkelse. Forbudet mot selvinkriminering er grunnleggende i straffeprosessen. Videre har en troverdighetsvurdering liten verdi dersom vedkommende ikke samarbeider med

psykologen. Problem kan imidlertid oppstå ved at personer allikevel vil føle seg presset til å gjennomgå en slik undersøkelse. Presset kan bestå i at man føler at man ikke blir trodd dersom man ikke medvirker til en slik utredning. I en slik situasjon vil en troverdighetsvurdering fremstå som meget inngripende overfor vedkommende.

6.4 Bevis for siktedes uskyld?

Regelen om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er et utslag av rettssikkerhetshensyn og er et grunnleggende prinsipp i vårt rettssystem. Hensynet tilsier at ingen uskyldige skal dømmes til straff, og har betydelig vekt i vurderingen om bevis kan føres. I lys av dette hensyn kan det spørres om det er berettiget å avskjære et bevis som siktede selv mener kan bekrefte hans uskyld. I den konkrete sak og i forhold til den spesielle siktede, vil dette hensynet ha betydelig vekt. Troverdighetsvurderinger kan medføre en ytterligere opplysning av saken som kan ha vesentlig betydning for skyldspørsmålet. Videre bør siktede kunne utnytte alle muligheter den har til å bevise sin uskyld. Sakens art, omfang, kompleksitet og dens betydning for siktede har vekt i vurderingen om bevis bør kunne føres. Det kan antas at saker om straff har større betydning for en person enn en sivil sak, og jo mer alvorlig saken er, desto viktigere blir hensynet til siktedes rettssikkerhet. Drøftelsen nedenfor foretar altså en vurdering av situasjonen for den spesielle siktede i den konkrete sak. Andre hensyn kommer inn i vurderingen i forhold til fornærmede, vitner og andre siktede, se kapittel 6.5.

Det kan i denne sammenheng antas at de personvernensyn som Høyesterett vektlegger i Rt. 1996 s. 1114 ikke har tilsvarende betydning dersom siktede på eget initiativ, uten medvirkning fra politi eller påtalemyndighet, lar seg teste og ønsker å fremlegge testen som bevis i retten. Hensynet til personvernet blir i slike tilfeller et vern den siktede ikke ønsker. Sven Svebak, professor i medisin og psykologi, har hevdet at dette kan resultere i at det legges ”større vekt på hensynet til personvernet for den som har noe å skjule enn på hensynet til personvernet for den som er uskyldig uten å bli trodd.”⁶⁶

⁶⁶ Svebak (1999) s. 19-20.

I en del saker har slik løgntesting forekommet på siktedes eget initiativ, blant annet i Karmøy-saken og Gamal Hosein-saken. Beviset er imidlertid blitt nektet ført i retten på bakgrunn av gjeldende rett. Resultatet av løgndetektortesten har likevel fremkommet i media i disse sakene. En slik ”bevisføring” kan være uheldig, siden beviset og faktum rundt løgntesting ikke får en slik saklig og vitenskapelig gjennomgang som er nødvendig for en forsvarlig vekting av beviset. Ser man dette hensyn i sammenheng med hensynet til individet, taler dette for at løgndetektor bør kunne benyttes som bevis for forsvaret.

6.5 Samtykke

På bakgrunn av diskusjonen ovenfor er det nødvendig å spørre seg om et slikt bevismiddel bør være tillatt dersom vedkommende samtykker. Det er mer tvilsomt om en troverdighetsvurdering fremstår som integritetskrenkende i en slik situasjon. Slike vurderinger kan til en viss grad sammenlignes med andre undersøkelser, eksempelvis personundersøkelse, som etter samtykke kan utføres. En undersøkelse av personligheten ved en rettspsykiatrisk undersøkelse kan fremstå som minst like inngripende som troverdighetsvurderinger. Drøftelsen tar sikte på å vurdere samtykke i forhold til både siktede, fornærmede og vitner. Overfor siktede fremstår situasjonen derimot noe annerledes, fordi hans ønske om å bekrefte sin uskyld muligens overskygger ulempene med å gjennomgå en slik sakkyndigvurdering.

Det kan imidlertid by på problemer dersom man først tillater et slikt bevis uten nærmere lovregulering. Andre aktører i rettssystemet, eksempelvis vitner, fornærmede og andre siktede kan føle seg presset dersom et slikt bevismiddel blir akseptert. I Rt. 1997 s. 689 har Høyesterett vurdert dette presset til å la seg teste. Dersom troverdighetsvurderinger tillates etter samtykke, vil det i mange tilfeller være tvilsomt om det foreligger et reelt samtykke.⁶⁷ Videre er løgndetektor avskjært på bakgrunn av strpl. § 92, og etter denne bestemmelsen har et samtykke relativt liten verdi. De avhørsmetoder som omtales kan ikke benyttes selv om siktede selv samtykker til det. Lovgiver har ønsket å beskytte siktede mot metoder den

⁶⁷ Myhrer (2001).

anser som urimelige, og dette kan blant annet begrunnes med at det kan oppstå en pressituasjon for siktede.

Dette presset er også vurdert i innstillingen og det uttales at: ”Siden siktede ikke har plikt til å uttale seg i det hele tatt, har han selvsagt heller ikke plikt til å medvirke ved bruk av løgndetektor. Men selv om en eventuell bruk av løgndetektor gjøres betinget av samtykke fra den som avhøres, er bruken ikke uten betenkeligheter. Skulle det bli alminnelig å bruke et slikt middel under etterforskningen, kan den som nekter å medvirke komme i en vanskelig stilling.”⁶⁸ Hensynet til sikte kan altså begrunne at slikt bevis ikke bør kunne benyttes. Prinsippet om vern mot selvinkriminering er grunnleggende i norsk rett, og etter strpl. § 90 har siktede ikke plikt til å forklare seg. At en siktet ikke ønsker å forsvare sin uskyld er et indisium på at han er skyldig, jf. strpl. § 93 2. ledd. En polygraftest kan eksempelvis få en lignende effekt ved at en siktet som ikke ønsker å gjennomføre testen presumeres å være skyldig. Dette får også betydning for fornærmede og vitner i en sak, ved at deres troverdighet kan bli trukket i tvil. En slik slutning har ikke nødvendigvis holdepunkter for seg. Det presset som oppstår i forhold til andre siktede, fornærmede og vitner taler dermed for at beviset ikke bør kunne benyttes i domstolen.

6.6 Bevisbedømmelsen – domstolens eller psykologens oppgave?

Domstolens oppgave er å vurdere bevisene som fremkommer i retten. Som det er påpekt av Høyesterett i en rekke dommer kan en sakkyndig vurdering ofte gripe inn i denne vurderingen, og dette anses som prinsipielt uheldig. Gudjonsson ble oppnevnt som sakkyndig i Karmøy-saken med det mandat å kunne redegjøre for hvorvidt en falsk forklaring eller en virkelig fortrenkning hadde funnet sted. Han er selv kritisk til denne type bruk av sakkyndige: ”Dette er et usedvanlig mandat å forholde seg til for en sakkyndig. Det ville ikke ha vært tillatt i de britiske eller amerikanske kontradiktoriske systemer. Vårt mandat var nær ved å tilnærme seg spørsmålet om ”skyldig” eller ”ikke skyldig”, noe som i Storbritannia ikke ville ligge under sakkyndige ansvarsområde.”⁶⁹

⁶⁸ Straffeprosesslovkomitéens innstilling s. 189.

⁶⁹ Gudjonsson (2004) s. 393.

Det er sjelden problematisk å legge vekt på generelle vurderinger fra den sakkyndige. En slik vurdering vil redegjøre for de generelle prinsippene i vitnepsykologien, om troverdighet og pålitelighet av de aktuelle forklaringene, herunder mulige feilkilder. Domstolen vil da ha et bredere grunnlag for å vurdere troverdigheten av utsagnene i retten. Det forekommer imidlertid at den sakkyndige foretar en individuell vurdering og deretter konkluderer angående vedkommendes troverdighet. Dette kan være uheldig, fordi det griper direkte inn i bevisbedømmelsen til domstolen. Problemet er uttrykt i utredningen om rettsmedisinsk sakkyndighet: ”Gruppen bemerket at retten generelt burde vise stor tilbakeholdenhet med å tillate bevisførsel om fornærmedes og vitners troverdighet. Man pekte også på rettens ansvar for å unngå at de sakkyndige gir spontane vurderinger i retten, og at urutinerte sakkyndige og personer med stort markeringsbehov vil kunne gå utover sine mandater.”⁷⁰ Arbeidsgruppen er kritisk til bruk av troverdighetssakkyndige, men fremholder at en eventuell bruk bør kontrolleres av domstolen, slik at den sakkyndige ikke går utover sin kompetanse. Sakkyndighetsbeviset er bare ett av flere bevis – ett av flere aspekter ved saken. Domstolen bør da sette beviset inn i sammenheng med sakens øvrige bevis. Ansvar for bevisvurderingen og bedømmelsen av bevisbyrdereglene bør ikke overføres til psykologen. Dette er en juridisk oppgave, som domstolen har kompetanse til å utføre, og en psykolog har ikke samme bakgrunn og kompetanse til å foreta en slik vurdering. Eksempelvis har ikke en sakkyndig særlig kunnskap om beviskravet i strafferetten. Videre mangler sakkyndige den erfaringen en dommer har angående bevisbedømmelsen, herunder vekting av bevisene.

Ovenfor i kapittel 4.3 er det diskutert om sakkyndighetsbeviset legges til grunn uten nærmere drøftelse. I denne sammenheng skal det nevnes at det vil være mer kritikkverdig med hensyn til bevisbedømmelsen dersom beviset legges til grunn uten en nærmere bedømmelse av domstolen, enn om bevismiddelet blir gjenstand for en kontradiktorisk behandling og domstolen dermed foretar en reell prøving av beviset. Foretas det en reell prøving kommer ikke spørsmålet på spissen, siden denne prøvingen innebærer en

⁷⁰ NOU 2001:12 s. 24.

selvstendig vurdering av skyldspørsmålet. Den sakkyndige vurderingen bør gi domstolen premisser, slik at den kan foreta en riktig bedømmelse og dermed øke muligheten for et materielt riktig resultat.

På den annen side kan det hevdes at bevisbedømmelsen er mer skjønnsmessig enn hva som er rettssikkerhetsmessig forsvarlig. Prinsippet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode må avveies mot graden av skjønn i bevisbedømmelsen. Forskningen har vist at påliteligheten og troverdigheten av vitneutsagn er vanskelig å bedømme. Den skjønnsmessige vurderingen kommer da i strid med prinsippet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Rettssikkerhetshensyn taler derfor for at troverdighetsvurderingen bør foretas av sakkyndige som har bredere kunnskap på området.

Sakkyndige vurderinger er imidlertid blitt kritisert for å være for skjønnsmessig. Mot dette kan det innvendes at en vitenskap om vitner i retten nødvendigvis må være skjønnsmessig. Den kan ikke på samme måte som matematikken måles. Det er ikke dermed sagt at den ikke bør ha betydning. Astronomi er eksempelvis en vitenskap som på samme måte som vitnepsykologi verken kan måles eller vektes. Det kan derimot ikke slutes fra dette at vitenskapen er ubetydelig. Den kan benyttes, men må i stedet anvendes med forsiktighet.

Spørsmålet kan imidlertid stilles fra et annet perspektiv. Det er ikke nødvendigvis grensen mellom domstolens og psykologens kompetanse til å bedømme bevisene som bør drøftes, men grensen mellom hvilke utsagn som krever nærmere utredning av en psykolog og hvilke utsagn som domstolen selv har kompetanse til å bedømme ut fra allmennmenneskelig erfaring.⁷¹ Dette er ikke temaet i oppgaven, og vil derfor ikke bli belyst nærmere.

Spørsmålet om arbeidsfordelingen mellom domstolen og psykologen er stilt av blant annet Bo Severin. Han stiller problemet på spissen og konkluderer med at "vittnepsykologen i varje detalj redovisar sina grunder, överväganden och slutsatser inför domstolen på ett

⁷¹ Christianson (1992).

sådannt sätt att denna kan ta det fulla ansvaret. Vittnepsykologen är därför endast domstolens tjänare.”⁷²

7 Avsluttende bemerkninger

Hovedargumentet for å benytte seg av den vitnepsykologiske ekspertise er at denne vitenskapen kan bidra til å hindre at uskyldige dømmes til straff. Dette er særlig viktig i saker hvor troverdigheten er sentral for skyldspørsmålet. Forskningen viser at vurderingen av troverdighet ofte er bygget på stereotypiske forestillinger og irrasjonelle faktorer. Videre viser forskningen at dommere ikke er spesielt kompetente i forhold til andre grupper i samfunnet til å vurdere troverdighet. En undersøkelse utført av Ekman og O’Sullivan viser at dommere skårer rundt det tilfeldige – 57 % – i løgnavsløring.⁷³ I utredningen om rettspsykiatrisk sakkyndige uttales det imidlertid: ”Tradisjonelt har rettspsykiatrisk sakkyndige vært meget tilbakeholdne med å uttale seg om bevisvurderinger og personers troverdighet, da dette anses å være en oppgave for retten, og som de sakkyndige ikke har spesiell kompetanse i.”⁷⁴ Forarbeidene anser med andre ord domstolen som mer kompetent enn de sakkyndige. Dette strider imidlertid mot forskningen, som taler for at utradisjonell kompetanse bør kunne benyttes i større utstrekning i domstolen. Svebak har uttalt sin skepsis overfor denne holdningen: ”Men troen på at skjønnets er bedre hos dommerne i slike saker der påstand står mot påstand, enn anbefalingen fra en objektivt forankret troverdighetstest, gir rom for statsmaktens overgrep. (...) Ingen polygrafekspert hevder at slike tester er ett hundre prosent treffsikker. Men det er heller ikke noe annet som er skapt av mennesker!”⁷⁵ Det kan virke som om troverdighetsvurderinger er et område hvor det foreligger et undervurdert behov for sakkyndighet.

⁷² Severin (1983) s. 63.

⁷³ Magnussen (2004) s. 189.

⁷⁴ NOU 2001:12 s. 77.

⁷⁵ Svebak (1999) s. 24.

Det kan spørres om troverdighetsvurderinger kan hindre at uskyldige dømmes. Det vil imidlertid avhenge av bevisets treffsikkerhet sammenholdt med den vekten beviset får i domstolen, hvorvidt dette kan være en konsekvens av at det tillates mer sakkyndighet i straffesaker. Problemstillingen kan dreies, slik at det kan spørres om ikke også flere skyldige blir ansett som uskyldige. Dommeren, og kanskje spesielt en jury, kan vegre seg mot å dømme en lovbrøyer som etter bedømmelsen av de øvrige bevisene anses som skyldig, dersom en troverdighetsvurdering hevder hans uskyld. En troverdighetsvurdering som går direkte på skyldspørsmålet kan dermed tenkes å få vesentlig vekt i domstolen, særlig begrunnet i ønsket om å hindre at uskyldige dømmes. Det kan være vanskelig for domstolen å heve seg over en sakkyndigvurdering. Det kan videre spørres om bevismiddelet også kan medføre at uskyldige blir dømt. I tilfelle hvor den sakkyndige konkluderer med at siktede ikke er troverdig i sin forklaring, kan det bli mindre problematisk for domstolen å domfelle siktede selv om de øvrige bevisene er svake. Vekten av beviset må imidlertid vurderes opp mot de andre bevisene og på bakgrunn av dets pålitelighet. Selv om forskningen argumenterer for at det foreligger en rekke feilkilder ved vitnebeviset, er det samtidig viktig å bemerke seg at det kan foreligge en rekke feilkilder ved sakkyndighetsbeviset i tillegg. Ved utbredt bruk av troverdighetsanalyser og løgndetektor vil den vitenskapelige krets utvides, og det kan i en slik situasjon neppe hevdes at de sakkyndiges metoder fremstår med vitenskapelig sikkerhet. I forlengelsen av dette blir man tvunget til å stille spørsmål om det er en menneskerett å kunne lyve, og som Anders Bratholm uttaler: ”Retten til å lyve er vel i virkeligheten én side af retten til fri tanke – av retten til å unnlate å meddele sine tanker, om man så ønsker. En slik frihet kan vel bare eksistere dersom man kan avvise et forsøk på å trenge inn i tankevirksomheten med en løgn.”⁷⁶

⁷⁶ Bratholm (1965) s. 14.

8 Litteraturliste

8.1 Juridisk litteratur

- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess Bind I*. Universitetsforlaget. 2000. 3. utgave. ISBN 82-00-45413-4.
- Bjerke, Hans Kr. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave. Bind I*. Hans Kr. Bjerke og Erik Keiserud. Universitetsforlaget. 2001. ISBN 82-15-00046-0.
- Bjerke, Hans Kr. *Straffeprosessloven. Bind II*. Med kommentarer av Hans Kr. Bjerke og Erik Keiserud. Tano AS. 1986. ISBN 82-518-2244-0.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget. 2001. 5. utgave. ISBN 82-518-3988-2.
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Cappelen Akademiske Forlag. 2000. ISBN 82-02-19692-2.
- Gisle, Jon. *Jusleksikon*. Kunnskapsforlaget. 1999. ISBN 82-573-0862-5.
- Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Cappelen Akademiske Forlag. 2004. ISBN 82-02-23997-4.
- Holgersen, Astrid. *Seksuelle overgrep mot barn – et kritisk perspektiv*. Redigert av Astrid Holgersen og Lena Hellblom Sjögren. Fagbokforlaget. 1997. ISBN 82-7674-313-7.
- Hov, Jo. *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*. Papinian. 1999. ISBN 82-91060-08-8.
- Lie, Nils Erik. *Parts- og vitneavhør – i straffesaker og sivile saker*. Cappelen Akademisk Forlag. 2002. ISBN 82-02-19827-5.

- Magnussen, Svein. *Vitnepsykologi. Pålitelighet og troverdighet i dagligliv og rettssal*. Abstrakt forlag. 2004. ISBN 82-7935-075-6.
- Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Cappelen Akademiske Forlag. 2002. ISBN 82-02-19801-1.
- Rønneberg, Anne Lise. *Barn som vitner*. Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson. Universitetsforlaget. 2000. ISBN 82-518-3990-4.
- Schacter, Daniel L. *The Seven Sins of Memory. How the Mind Forgets and Remembers*. Houghton Mifflin Company. 2001. ISBN 0-618-04019-6.
- Smith, Eva. *Vidnebeviset. En vurdering af afhøringsmetoder og vidneforklaringer*. GADs Forlag. 1986. ISBN 87-12-01615-2.
- Aall, Jørgen. *Rettegang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget. 1995. ISBN 82-00-22415-5.

8.2 Tidsskriftartikler

- Bratholm, Anders. *Bruk av løgndetektor i straffesaker?* Anders Bratholm og Sven Svebak. Lov og Rett, 1998, side 65-66.
- Bratholm, Anders. *En snarvei til sannheten? Bruk av løgndetektor i strafferettspleien*. Norsk tidsskrift for kriminalvitenskap, 1965, side 1-15.
- Christianson, Sven-Åke. *Psykologisk expertis i rättssalarna – får vi bättre domstolsbeslut?* Svensk Juristtidning, 1992, side 312-333.
- Gudjonsson, Gisli. *Drap i Norge: Falsk tro som ledet til falsk tilståelse*. Tidsskrift for strafferett, 2004, hefte 3, side 287-315.
- Høyland, Jon. *Hva styrer dommerens valg? Irrelevante og ubeviste faktorerets betydning for domstolenes avgjørelser*. Lov og Rett, 2003, side 21-40.
- Jus.no. *Mangler kunnskap om vitnepsykologi*. Artikkel av 8. nov 2004, ukjent forfatter. Tilgang: <http://www.jus.no/index.gan?id=53323>

- | | |
|--------------------------|---|
| Krokeide, Kjetil. | <i>Om likeverdighet i prosessen og påtalemyndighetens teorier.</i>
Nytt i strafferetten, 1998, nr. 1 side 36-115. |
| Magnussen, Svein. | <i>Vurdering av troverdighet: Hva sier forskningen?</i> Svein Magnussen og Ulf Stridbeck. Tidsskrift for strafferett, 2001, hefte 2, side 81-97. |
| Moss, Erling. | <i>Behov for kunnskap om vitnepsykologi.</i> Juristkontakt nr. 4, 2005, side 15. |
| Myhrer, Tor-Geir. | <i>Løgn-detektor som etterforskningsmiddel.</i> Tidsskrift for strafferett, 2001, hefte 2, side 116. |
| Reigstad, Ståle William. | <i>Om bruken av sakkyndige i barnefordelingssaker.</i> Lov og Rett, 1995, side 479-483. |
| Severin, Bo. | <i>Vitnepsykologin av i dag.</i> Svensk Juristtidning, 1983, side 57-64. |
| Svebak, Sven | <i>Løgn-testenes nytteverdi og vitenskapelige status.</i> Idéhistorisk tidsskrift, årg. 11 nr. 3, 1999, side 18-25. |
| Tjersland, Odd Arne. | <i>En alternativ tilnærningsmåte ved seksuelle overgrep mot barn.</i> Tidsskrift for Norsk Psykologforening, nr. 32, 1995, side 594-603. |
| Trankell, Arne. | <i>Något om rättssäkerheten vid psykologers sakkunnigbedömning av vittnesbevisningen i svensk brottmålsprocess.</i> Svensk Juristtidning, 1980, side 167-174. |

8.3 Lover

Lov av 13. aug. 1915 nr. 6. Lov om rettergangsmåten for tvistemål. Tvistemålsloven. Tvml.
Lov av 22. mai. 1981 nr. 25. Lov om rettergangsmåten i straffesaker. Straffeprosessloven. Strpl.

Lov av 21. mai. 1999 nr. 30. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Menneskerettsloven. Mnskrl.

8.4 Forarbeid

Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomitéen (1969).

NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks.

NOU 2001: 12. Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker.

NOU 2001: 32 B. Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

8.5 Rettsavgjørelser

Norske avgjørelser:

Rt. 1968 s. 959

Rt. 1978 s. 876

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1992 s. 1231

Rt. 1996 s. 781

Rt. 1996 s. 1114 (Løgndetektor)

Rt. 1997 s. 689

Rt. 1997 s. 1145

Rt. 2001 s. 1465 (Orderud)

Rt. 2003 s. 383

Rt. 2003 s. 940

LG 1998 s. 260 (Karmøy)

LA 2002 s. 1173 (Gamal Hosein)

Avgjørelser av European Court of Human Rights:

Series A No 8 1968 – Neumeiser-dommen

Series A No 22 1977 – Engel-dommen

Series A No 92 1985 – Bönisch-dommen

Utenlandske avgjørelser:

NJA 1992 s. 446 – Nytt Juridisk Arkiv 1992 s. 446

NJA 1996 I (C74) – Nytt Juridisk Arkiv 1996 avd. I C s. 53

8.6 Annet

Klage fra Gamal Hosein, f. 29.04.1965 mot kongeriket Norge. Oslo 11. juli 2002. European Court of Human Rights.